تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية



سامي جمالٌ الدين الاستاذ بكلية العقوق - جامعة الإسكندرية والمحامي بالنقض والإدارية العليا والدستورية العليا



دار الجامعة الجديدة



الم كان م سرتير ـ الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٦٢٩ كـ ٢٠ ٢٠٠٠ E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com www.darggalex.com info@darggalex.com

تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية

الدكتور سامي جمال الدين الاستاذ بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية والمعامي بالنقض والادارية العليا والمستورية العليا

2013

دار الجامعة الجديدة

۳۸- ۲۰ ش سسوتیر - الاژاریطة - الإسکندریة تلیفون: ۲۳۲۲۹ ۵۵ کاس: ۱۹۵۰ ۱۸۵۰ تلیفاکس: ۴۸۸۰۹۰۹ تلیفاکس: E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com www.darggalex.com info@darggalex.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَكَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ أَطِيعُوا ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُولِ ٱلْأَمْرِي مِنكُرٌ ۚ فَإِن لَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنْمُ ۚ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَٱلْبُومِ ٱلْآخِرِ ۚ ذَالِكَ خَيْرٌ وَأَخْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾

> صدق الله العظيم (مورة النساء –آية ٥٩)

مقدمة

إن انسانية الإنسان وعزته هى الشعاع الذى هدى ووجه خط سير التطور الهائل الذى قطعته البشرية نحو مثلها الأعلى... إن سيادة القانون ليست ضمانا مطلوبا لحرية الفرد فحسب، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت.

والواقع أن مبدأ المشروعية وسيادة القانون يمثل في الوقت الراهن، قمة الضمانات الأساسية – الجدية والحاسمة – لحقوق وحريبات الشعوب، إذ يبلور هذا المبدأ كافة ما استطاعت الشعوب أن تحرزه من مكاسب في صداعها مع السلطات الحاكمة، لإجبارها على التنازل عن كل مظاهر الحكم المطلق، وذلك عبر أجيال متعاقبة مرت على الإنسانية حتى عصرنا الحالى، فبدون سيادة القانون سيحل ظلام الظلم.

ولذلك فقد غدا هذا المبدأ من المبادئ الأساسية لقيام الدولة القانونية، والمعول الرئيسي في تمييزها عن الدولة اليوليمية أو الاستبدائية، حيث تغدو السيادة للقانون، وليست لأشخاص الحكام أو لبعض التقاليد والأعراف المتوارثة، فالمجتمعات المتحضرة تقوم على قيم ومبادئ أساسية تتولى تثبيت دعائمها الضوابط القانونية سواء كانت تتعلق بالنشاط الخاص بالأفراد أو النشاط العام الإداري أو الاجتماعي أو السياسي، ولذلك تسمى كل دولة في العالم جاهدة لأن تكون دولة قانونية بمعنى الكلمة وذلك من خلال تجسيدها لمضمانات رئيمية تحافظ على استقرار المجتمع وتماسكه عن طريق توفير المدالة والأمن والحرية عبر الإلتزام بالنظام والقواعد التي تحددها القواعد العليا المدالة والمصالح المتضاربة والمحالحة.

ولا ينفى ذلك أن القانون فى واقع الأمر، هو عمل إرادى من صنع السلطات العامة الحاكمة فى الدولة، فمن ناحية تخضع إرادة السلطات الحاكمة للمديد من الاعتبارات والأسس التى تقيدها لدى إقرارها للقواعد القانونية، ومن ناحية أخرى فإنه بصدور القانون فإنه ينفصل عن إرادة من وضعه ويصبح فاعدة عامة مجردة تحكم سلوك كل من فى الدولة من أفراد وسلطات عامة بما فى ذلك من شارك فى إقرار هذه القاعدة.

فيمقتضى مبدأ المشروعية، فإن القانون وإن كان عملا إراديا، إلا أنه يسمو على إرادة جميع أفراد المجتمع والسلطات العامة في الدولة مهما بلغ دورها في وضعه أو إقراره أو إصداره.

ويكاد الفقه يجمع على أن مبدأ المشروعية يعنى "سيادة حكم القانون"(١) وهو في الحقيقة تعريف مناسب لمبدأ المشروعية، خاصة وأن

 ⁽١) الأستاذ الدكتور محسن خليل: القضاء الإدارى ورقابته لأعسال الإدارة - ١٩٦٨ - ص
 ص

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى: النظرية العامة للقرارات الإدارية ــ الطبعة الرابعة ــ ١٩٧٦ ــ ص ١٤. الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) ــ طبعة ١٩٧٠ ــ ص ١٢.

وقد انغرد الدكتور ثروت بدوى في مقاشه عن "الدولة القانونية" بمجلة إدارة قضايا المحكومة – المنفة ٣ عدد ٣ ص ٢٨: ٦٨ بالرأى في التقرقة بين مبدأ "سيادة القانون"، وهو إمداً الأغير يعنى في التقرقة بين مبدأ "سيادة القانون"، وهو يعتبره مبدأ قانونيا قصد به حسالح الأفراد وحماية حقوقهم ضد تحكم السلطة. وأنه باستهدافه خضوع جميع السلطات العامة القانون وثقييد الإدارة على المؤخص بالقانون واللوائح، يعد لكثر تساعاً من مبدأ سيادة القانون تقييد الإدارة على الرائم على المؤخص بالقانون الذي يتبع حسب المجاز التنفيذي في مركز ادنى بالنصبة المجهاز التشريعي، وهو بذلك بعد ضيفا الجهاز التنفيذي في مركز ادنى بالنصبة المجهاز التشريعي، وهو بذلك بعد ضيفا لاستهدافة تقييد السلطة الإدارية في الدولة ققط، وذلك بخضوعها القوانين الشكلية، ومع اللك فإن مبدأ سيولة القانون يعد أرسم نطاقا من حيث أنه يشمل تقييد جميع أنواع أعصال الإدارة التقل مصالح المنافرة المتحرب ما فيها النظم الديكة وربة المؤكن من ثم فإن المبدأ الأخير يصلح لكل أنظمة الحكم بما فيها النظم الديكة وربة، على المكس من المبدأ الأول الذي لا يصلح إلا النظم الديمقر اطية (ص).

المشرع النستورى قد اعتنقه لأول مرة فى نستور 19۷۱ فى مصر، حيث نصت المادة £ 7 منه على أنه "سيادة القانون أساس الحكم فى الدولـة" ومن ثم أصبح مبدأ "سيادة القانون" مرادفا لمبدأ "المشروعية" (¹).

ومع ذلك فإنه يمكن التمييز بين المبدأين دون الإخلال بتكاملهما معا نظرا للارتباط الوثيق بينهما، فمبدأ المشروعية يضمن شرعية الدولة وتولى الملطات العامة فيها لولاية كل منها، بينما يضمن مبدأ سيادة القانون قيام الدولة الدمتورية أو القانونية وليست فقط الدولة الشرعية، وأهم ما يميز الدولة القانونية أنها تكفل حماية حقوق الإنمان والأقليات والمتفق عليها في الدماتير والاتفاقيات الدولية، حيث تكون السلطة التشريعية . لزمة باحترام هذه الحقوق، لأن التشريع لا يمكن أن يعبر عن إرادة الأمة إلا في حالة احترامه لحقوق الإنسان والأقليات في ظل وجود جهاز قضائي ممتقل ومحايد ونزيه، قلار على فرض الالتزام بالقواعد القانونية بغض النظر عن مدى اتفاقه مع هذه الحقوق،

⁽١) يكاد الفقه المصرى أن يجمع على استخدام اصطلاح "مهدا المشروعية" وإن كان البعض يستعمل اصطلاح "مبدأ الشرعية" وهو الترجمة الحرفية للاصطلاح الفرنسي المقابل وهو Le principe de légalité لا المصلاح لأسباب موضوعية. لأسباب موضوعية. الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة: المرجم السابق – ص ١٦.

الأستاذ الدكتور محمد مير غنى خيرى: مبدأ الشرعية وقضاء الإلغاء - ٧٤ / ١٩٧٥ -

سنة دالاستاذ الدكتور عبد الحميد متولى هذا الاصطلاح (أي سيادة القانون) وينقد الاستاذ الدكتور عبد الحميد متولى هذا الاصطلاح (أي سيادة القانون) موضوعيا، ويفضل عليه تسمية "مبدأ ميطرة أحكام القانون" – راجع مقالته المصطلحات المقترح تعديلها في ميدان القانون الماسة ٢٢ – العدد الحلور (القضاء عدد ٣ ص ٢٢٣ – العدد الحلور (القضاء الإداري ١٩٥٥ ص ١٨ و ١٩٩ اصطلاح "الشرعية" لما تعنيه كلكرة مثالية تحمل في الإنجاري معنى العدالة وصا يجب أن يكون عليه القانون، وهو منهوم واسع للمصملح، ومن ثم يفضله اصطلاح "المشروعية" الذي يفيد احترام قواعد القانون القائمة فعلا، يذهب الدكتور كمال أبو العيد في مقانه؛ الشرعية والمشروعية وحكم القانون. المعاماة المنة 90 – عدد 9 و ١ – ص 10: ٧٥، إلى عكس ذلك تماما حيث يؤيد ما المحاماة المنة 90 – عدد 9 و ١ – ص 10: ٧٥، إلى عكس ذلك تماما حيث "لويد ما يتفق مع التشريع أما المشروع فيور ما يتفق مع التشريع أما المشروع فيور ما يتفق مع التشريع أما المشروع فيور ما يتفق مع العدل.

مع ملاحظة أن هناك من الحقوق ما لا يسوغ المسلس بها حتى في حالات الطوارئ والأزمات والظروف الاستثنائية كالحق في السلامة من التعنيب والمعلملة المهينة أو الحاطة بالكرامة الإنسانية، والاختفاء القسرى والقتل غير القصائي والإعتقال التصفي.

و عليه فمن المستقر في صدد تفسير مدى سيادة القانون، أن هذه السيادة تتحقق بخضوع كل من في الدولة من حكام ومحكومين، سلطات عاسة وأفراد، للقانون بحيث تكون تصرفاتهم الإيجابية والسلبية في دائرة وحدود النظام القانوني المقرر في الدولة.

ويشمل هذا النظام القانوني كافة القواعد القانونية النافذة والمعارية أو المطبقة أيا كان مصدرها وشكلها، إذ تمثل هذه القواعد التي تشكل التنظيم القانوني للدولة، عناصر المشروعية، أي القواعد التي تتكون منها هذه المشروعية، بحيث يمكن القول أن مخالفة أي من هذه القواعد، مخالفة للمشروعية، أو في قول آخر تعتبر غير مشروعة.

ويرى بعض الفقهاء بحق أن سيادة القانون لن تتحقق ما لم تفرض هذه المسيادة على كافة المسلطات في الدولة، وأولاها المسلطات التي تملك التشريع، وأن يقوم النظام كله على اعتراف وتسليم بأن هناك من المبادئ والقيم ما يستصى على أية سلطة المماس بها في جميع الظروف، لا فرق بين ظروف عادية أو استثنائية، وأن ما يخضع له المحكومون من قواعد هي تلك التي يضعها الشعب ونوابه المنتخبون انتخابا صحيحاً (1).

ولا شك أنه صحيحاً صرورة اخضاع الدولة بسلطاتها الثلاثة القانون، بما في ذلك السلطة التشريعية، حيث إنه لو تركت لواضعى القوانين الحرية الكملة في أن يحددوا وفق مشيئتهم مضمون القاعدة القانونية دون أي ضابط، لأدى ذلك إلى أن تكون سيادة القانون فرضاً للطاعة على المحكومين دون الحاكمين، فيتحقق الاستبداد باسم القانون وسيادته.

 ⁽١) للدكتور محمد عصفور: في الحرية والملطة سيلاة القانون ... الصراع بين القانون والملطة في الشرق والغرب - ١٩٦٧ - ص ١٠١ وما بعدها.

كما أنه صحيحاً وجود مبدائ وقيم لا يجوز لأية سلطة في الدولة المساس بها في جميع الظروف، بمعنى أن تتقيد بها سلطات الحكم كلها أمام الأفراد، وهذه المبادئ وتلك القيم إنما تتمثل في تقديرنا في المبادئ العامة القانون، وهي من عناصر مبدأ المشروعية التي يعترف بها الفقه والقضاء الغرنسي والمصرى بأجمعه مع اختلاف بينهم حول قوتها القانونية (١)، والتي تضم، كما سنبين فيما بعد، قواعد الشريعة الإسلامية بين ما تضمه من قواعد قانونية وذلك بالنمية إلى مصر، ولذلك فإننا نرى أن هذا العنصر يندمج في سابقه الذي يتعلق بخضوع سلطات الدولة القانون بمعناه الواسع الذي يشمل تلك المبادئ العامة القانون.

غير أننا لا نوافق على ما خلص إليه هذا الرأى من أن ما يخضع له المحكومين من قواعد قانونية هي فقط تلك القواعد التي يضعها الشعب و نوابه، أو بمعنى أدق القوانين التي يقرها البرلمان، وهو ما يؤدى عنى استبعاد العرف من عناصر المشروعية إلى جانب إخراج اللوائح التي تصدرها السلطة الإدارية من نطاق القواعد القانونية (")، حيث أنها لم توضع بواسطة "الشعب أو نوابه المنتخبون انتخاباً صحيحا"، وذلك رغم تماثل القانون واللائحة في كونهما

⁽١) وتؤكد المحكمة النستورية العليا في مصر على ذلك بوصفها عديد من الحقوق والحريات بأنها من "الحقوق التي يعتبر التمليم بها في الدول الديمتر اطية مفترضاً أوليًا لقيام الدولة القانونية، وضعلة أساسية لصون حقوق الإنسان، بما موداه وفقاً لمبدأ خضوع الدولة للقانون عدم جواز أن تخل تشريعات الدولة بهذه الحقوق" -- احكامها في ١٩٩٧/١/ القضية ٢٢ لمنة 6ق. مستورية، وفي ١٩٩٥/ملا القضية ٨ لسنة ١١ ق. دستورية، وفي ١٣/٣/ ١٠ ٢ لمنة ٤٠٠ دستورية.

⁽²⁾ EISENMANN, Le droit administrative et le principe de légalité, E. D. C. E. 1957. 26.

DUBISSION, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, thése, Paris 1958, p. 36. وهم ممن دافعوا عن هذا الرأي وللمزيد من التفاصيل أنظر كذلك:

الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي: الملطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ــ رسالة القاهرة 1991 ص ١٢٧ ـ ١٢٩. الدكتور كمال أبو العيد: مصادر الشرعية ــ مجلة المحاماة السنة ٥٩ ــ ١٩٧٩ عدد ٢، ٢ ص ٤٠٠.

قواعد عامة مجردة ملزمة للمخاطبين بأحكامهما، وحيث أن الفارق الوحيد بينهما إنما يترتب على صفة مصدر كل منهما، مما يجعل القانون أسمى من اللائحة من حيث المرتبة الإلزامية.

ومن ناحية أخرى، فإن مقتضى هذا الرأى إخراج المبادئ العامة للقانون أيضاً بما تضمه من قواعد الشريعة الإسلامية في مصر، من نطاق القواعد القانونية، لأنها لم توضع من قبل الشعب أو نوابه، وذلك على خلاف المستقر فقها وقضاءً من اعتبارها أحد مصادر القانون الرسمية.

وعليه فإننا نرى إسقاط هذا العنصر الذي يعود بنا مرة أخرى إلى الفكر الذي ساد في مطلع الثورة الفرنسية، حيث كان القانون - بمعناه الضيق - هو التعيير الوحيد عن الإرادة العامة ومن ثم فإنه لا يخضع لأية رقابة، وهو الأمر الذي يمثل أشد الخطر على حريات الأفراد ويتيح الفرصة كاملة لاستبداد الإدارة وتصفها، مما يحقق عكس المبتغى من مبدأ المشروعية تماما.

والواقع أن القانون بمعناه الواسع، هو في جوهره تعبير عن إرادة الدولة، فهذه الإرادة - دون غيرها - تمثّل المصدر الوحيد الرسمي القواعد القانونية، ولكن الدولة لا تعبر عن إرادتها بأسلوب واحد بعينه، وإنما تختلف طرق التعبير عن إرادة الدولة باختلاف السلطة العامة الموكول إليها التعبير عن هذه الإرادة، ومن هنا تتعدد مصادر القواعد القانونية بتعدد السلطات العامة التي تعبد عن إرادة الدولة.

وإذ لا يقتصر انشاء القواعد القانونية على سلطة أو هينة عامة واحدة فى الدولة، فإنه يكون محتملاً وقوع التعارض أو التناقض بين هذه القواعد، ومن ثم التنازع بين السلطات أو الهينات التي تولت تقرير ها.

ولذلك بدت ضرورة التوصل إلى قاعدة ما تحقق في أن واحد الترابط بين كافة القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة، وحل إشكالات واحتمالات وقوع التعارض أو التناقض فيما بين هذه القواعد، ضرورة حتمية. وقد تحقق ذلك فعلاً عن طريق تقرير قاعدة "تدرج القواعد القانونية"، وهي من أهم القواعد أو المبادئ التي أسفر عنها الأخذ بمبدأ المشروعية في الدول القانونية.

وعليه يلزم علينا في بداية هذا البحث أن نحدد أولاً مصادر القواعد القانونية ومدلول تدرج هذه القواعد ومضمونه وأسسه، وهو ما نعالجه في المبحث التمهيدي التالي.

المبحث التمهيدى مصادر القاعدة القانونية ومدلول تدرجها

أولاً - مسادر القاعدة القانونية:

يتجه الرأى الراجح فقها إلى أن القاعدة القاتونية لها - على الأقل - مصدران('):

مصدر مادى أو موضوعى ويقصد به الحقائق الموضوعية التى
 تقدم جوهر القاعدة القانونية ومادتها الأولية، وهى قد تكون حقائق

(۱) راجع في ذلك:

ر ربع عن نصط: الأستاذ الدكتور حمن كيرة: أصول القانون ــ الطبعة الثانية ــ ١٩٦٠ ــ ص ١٧٧ وما الأستاذ الدكتور توفيق حمن فرج: المدخل للطوم القانونية ــ ١٩٧٦ ــ ص ١٨٤ وما بعدها الأستاذ الدكتور مصطفى محمد الجمال: النظرية العامة للقانون ــ الطبعة الثانية ــ ١٩٨٣ ــ ص ١٨٤٨.

الأستاذ التكتور عبد المنعم البدر اوى: المدخل للعلوم القانونية ــ ١٩٦٠ ــ ص ١٥٦ وما معدها.

وعلى خلاف ذلك راجع الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناعر: النظرية العامة للقاتون
مدا مس ١٣٦٧ عين يذهب إلى أن اصطلاح المصدر ليس له إلا معنى واحد
وهو المصدر الرسمى أى السبب المنشئ للقاعدة القاتونية كالتشريع والعرف والقضاء،
الما المعالى الأخرى التى استخدم فيها اصطلاح المصدر فهى معان غير معبرة عن
هذا الاصطلاح ويؤدى استخدامه فى التعبير عنها إلى خلط لا مبرر له، ومن ذلك
اصطلاح المصدر الموضوعي أو الملاى للقاعدة القاتونية، فهو يؤدى إلى الخلط بين
المصدر المضاون، وهو ما يتحلق بصند اصطلاح المصدر القاتينية، عين ميثن من التصير
ضمن المصادر الموضوعية، وكذلك المطلاح المصدر القانيزي، حيث أن التصير
ضمن المصادر الموضوعية، وكذلك المطلاح المصدر القاتيزي، حيث أن التصير
بدر على قاعدة سيق وجودها في حين أن المصدر يتعلق بالخلق والإنشاء.

والواقع أننا لا نجد في استخدام اصطلاح "المصدر" لأكثر من معنى أي وجهه "قده فالمصدر الرسمي هو مصدر الإلزام في القاعدة القانونية، والمصدر الموضوعي هو مصدر المرازام في القاعدة القانونية، والمصدر الموضوعي هو مصدر مضمون هذه القاعدة، أما السبب المنشئ القاعدة القانونية فهو مجموعة الوقائع تعبر عن حاجة أفراد المجتمع لتنظيم معين، ومن ثم تعفع المشرع - أو الأفراد عن طريق العرف - إلى التنخل بوضع القاعدة القانونية الملائمة لمواجهة هذه الوقائع وتنظيم الموضوع وسد حاجة الأفراد إلى مثل هذا التنظيم فو هو أمر لا ينطبق عليه -

- تاريخية أو اجتماعية لو اقتصادية أو سياسية أو ثقافية أو دينية ... وغير ذلك من المقائق التي تكون مضمون أو موضوع القاعدة.
- مصدر رسمى وهو الذي يحدد شكل القاعدة القاتونية ويضفى عليها
 صفة الوضعية أو الشرعية، ومن ثم يصبغ على القاعدة قوة
 الإلزام.

ويمكن القول بأن المصادر الرسمية للقواعد القانونية في مصر تتمثل أولا في التشريع، ثم في العرف، وأخيرا القضاء أو بالأحرى المبادئ العامة للقانون التي يستنبطها القضاء ويقررها في أحكامه.

والحقيقة أن التشريع أو العرف أو القضاء لا يؤدى إلى خلق القاعدة القانونية من العدم، فالقانون إنما يتكون من بعض الحقائق والمعطيات التى تشكل المادة الأولية القاعدة القانونية، ولكن القانون لا يخرج إلى عالم الوجود بمجرد تكوين مائنة الأولية (أ)، إذ يلزم أن تصاغ هذه المادة الأولية في شكل قواعد قانونية قابلة للتطبيق العملي، وهنا يبدأ دور مصادر القانون الرسمية من تشريع أو عرف أو قضاء حيث تتحول المادة الأولية للقانون إلى قواعد قانونية وضعية، وهو ما يؤدى إلى خلق القواعد القانونية بالمعنى الفني الدقيق.

والتشريع هو المصدر الرسمى الأول للقانون في مصر، حيث بتضمن معظم القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في المجتمع، والتي تصدر عن سلطة عامة مختصة بلصدار التشريع، هي الملطة التشريعية (البرلمان) عادة، ومع ذلك فإن هناك سلطات أخرى تختص كذلك بلصدار بعض التشريعات. فالدمتور وهو التشريع الأماسي في الدولة إنما بصدر عن الملطة التأسيسية، واللوائح وهي في جوهرها تشريعات إنما تصدر عن الملطة

⁽١) استخدم اصطلاح "الحقاق" أو "المعطوات" أي "Donnés" بالغرنمية، الغقيه "جيني" للدلالة على المصادر الموضوعية القانون أي تلك التي تقدم المادة الأولية القواعد القادنة

F. GENY, Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1924, Sirey, T. 2, p. 351 et s.

التنفيذية بوصفها – أى اللوائح ــ من القرارات الإدارية التي تختص تلك السلطة بإصدارها.

والخصيصة البارزة التي تميز التشريع عن غيره من المصادر الأخرى القانون: هي صدور التشريع في وثيقة مكتوبة يطلق عليها فقها التقنين، وهو الأمر الذي يحقق للتشريع مزايا كثيرة تجطه يتفوق على غيره من مصادر القانون وخاصة العرف().

فالعرف قانون غير مكتوب أو بمعنى ادق لم يشرع فى وثيقة مكتوبة بصورة رسمية، إذ انه من المتصور كتابة العرف بعد نشأته، سواء فى الأحكام القضائية التى تقره وتطبقه، أو فى المؤلفات الفقهية التى تشير إليه أو تحرص على تجميع ما يوجد منه ومع ذلك فإته لا يعد مقتناً.

أما القضاء فالأصل أن وظهنته الأصلية تطبيق القانون وليس إنشائه، فالقاضى عليه بحكم وظيفته أن يتحقق أو لا من وجود القاعد؛ القانونية الوضعية أيا كان مصدر ها ثم يطبقها بعد ذلك. وعندما يحاول القاضى العلم بالقانون فإنه لا يخلق هذا القانون، بل على العكس من ذلك فإن محاولة العلم بالقاعدة القانونية هو في ذاته تسليم بوجودها واعتراف بقوتها المازمة في مواجهة القاضى الذي يقوم بتطبيقها.

غير أنه لما كان من المسلم به أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً لا يشربه أي نقص، بحيث يقدم لكل نزاع يعرض أمام القضاء الحل القانوني الواجب الاتباع، بل لابد أن يشوبه النقص حتماً، كنتيجة طبيعية للنقص الكامن في طبيعة الإنسان، حيث أن التشريع ليس سوى عمل إنساني مشوب بالقصور بطبيعته، فإنه من المستقر عليه أن القاضي أن يكمل النقص في التشريع والتوصل إلى الحل القانوني الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار التي كان المشرع مير اعيها لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع.

الأستاذ الدكتور سليمان مرقس; المدخل للطوم القانونية – ١٩٦٧ – ص ١١٦ وما بعدها.

ومع ذلك فإن القاضى فى مثل هذه الأحوال لا يخلق هذا الحل العادل للنزاع، وإنما يسترحيه من المبادئ العامة التى يكشف عنها أو يكتشفها، ومن ثم فإن تكرار الأخذ بهذا الحل فى المنازعات المتشابهة من شأته أن يخلق قاعدة قانونية قضائية (١٠)، تتمثل فى القاعدة أو المبدأ الذى اكتشفه أو كشف عنه وتم تطبيقه فى الحكم الأول.

ومن هنا يمكن القول بأن القضاء -- في مجموعه وليس كأحد الأحكام بالذات -- هو أحد مصلار القانون الرسمية، بما يقرره من مبادئ عامة القانون، يكثف عنها في أحكامه، وهو في هذا الصند مصدر رسمي من مصلار القانون الأصلية كالتشريع والعرف، أي أنه مصدر مستقل لا يختلط لا بالتشريع ولا بالعرف(").

ثَانِياً: مدلولُ تدرج القواعد القانونية:

أوضحنا سلفاً أن مقتضى مبدأ المشروعية احترام كل من فى الدولة من أفر اد وسلطات عامة أحكام القانون بمعناه الواسع الذى يشمل كافحة القواعد القانونية التى يضمها التنظيم القانونى للدولة.

واحترام الأفراد للقانون بكافة قواعده، أمر تكفله المعلطة العامة المختصة بما تملكه من وسائل قانونية مقررة لكل فروع هذه المعلطات، ومن ثم يبقى السؤال حول مدى احترام المعلطات العامة نفسها لأحكام القانون، وكيفية ضمان التزامها بتلك الأحكام. وإذ تتولى فروع هذه المعلطة العامة في معظم الدول – وضع القواعد القانونية في مختلف صمورها، فإنه نثور مشكلة تحديد القواعد القانونية التي تلتزم كل سلطة عامة باحترامها وهي بصعد تقرير القواعد القانونية أو التصرف بمقتضاها، حتى تكون هذه التصرفات متفقة مع مبدأ المشروعية، وحتى يتحقق فعلا خضوع هذه المعلطات العامة لأحكام القانه:

⁽١) الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق - ص ٥٠٢.

⁽٢) الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق- ص ٥٠٩.

ولذلك فإنه تأميما على مقتضيات مبدأ المشروعية، ولكفالة احترام السلطات العامة للقانون والالتزام بأحكامه، استقر الأمر على ضرورة ترتيب القواعد القانونية التى تكون عناصر المشروعية فى مراتب الزامية متعددة متتالية، بحيث تعلو بعضها على البعض الأخر، فى تدرج يشمل كافة هذه القواعد القانونية التى تمثل التنظيم القانوني للدولة، فتخضع القاعدة الاننى مرتبة فلا تستطيع مخالفتها وإلا غدت غير مشروعة.

وعليه فإن تدرج القواعد القاتونية إنما يعنى أن بعض هذه القواعد بتمتع بقوة الزامية أعلى مما تتمتع به القواعد الأخرى التى تليها في المرتبة، وبالتالى يجب على كل سلطة عامة عند قيامها بإنشاء القواعد القانونية، أن تراعى أحكام القواعد القانونية الأعلى، حيث لا يجوز للقاعدة الأدنى مرتبة تعديل أو الغاء القاعدة الأعلى مرتبة تعديل أو الغاء القاعدة الأعلى مرتبة وإلا كانت مخالفة للمشروعية، فإذا تعارضت بعض هذه القانونية فيما بينها فإنه يمكن تعليب القاعدة القانونية الأعلى مرتبة.

ويرى الفقه أن تدرج القواعد القانونية هو أحد مقومات الدولة القانونية، حيث لا يمكن تصور النظام القانوني للدولة القانونية بدون هذا التدرج الذى يظهر في سمو بعض القواعد القانونية على بعض، وتبعية بعضها للبعض الأخر، وهو ما يستلزم بالضرورة خضوع القاعدة الإنني للقاعدة الأسمى شكلا وموضوعا، فأما خضوعها شكلا فبصدورها من الملطة التي حددتها القاعدة الأسمى وباتباع الإجراءات التي بينتها، وأما خضوعها موضوعا فذلك بأن تكون متفقة في مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى(١)، إذ لا يصح أن

 ⁽١) الأسئاذ الدكتور طعيمه الجرف: مبدأ المشروعية وضو ابط خضوع الدولة القانون –
 الطبعة ٣ – ١٩٧٦ – ص ٢٢ وما بعدها.

الأسئاذ الدكتور ثروت بدوى: الدولة القانونية ــ مجلة لدارة قضايا الحكومة ــ السنة ٣ عد ٣ ص ٦٢. الدكتور منير حميد البياتي: الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي ــ جامعة بغداد

ستور میر میر مید بینی. سرت سورت و ستم سیسی برسختی .. جانت بند. ـــ ۷۷ / ۱۹۷۸ - ص ۶۲.

تتمار ض قاعدة قانونية دنيا مع أخرى تعلوها في مرتبة التدرج حتى لا يحدث خلل في انسجام البناء القانوني للدولة().

وفى تقدير بعض الفقهاء (١) أن المدرسة النمساوية وعلى رأسها "هانز كان لها الفضل فى استخلاص مبدأ تدرج القواعد القانونية، حيث تقوم نظريته الشهيرة فى القاتون على أسلس وحدة النظام القانونى فى تدرج هر مى بحيث تتخذ القواعد القاتونية فى البناء القاتونى شكل طبقات أو درجات بعضها فوق بعض، وتتماسك هذه الدرجات فيما بينها نظراً لأن صححة القواعد الموجودة فى كل طابق فيها تعتمد على القواعد الموجودة فى الطلبق الأعلى، بمنى أن القاعدة القاتونية تمتمد على القواعد الموجودة من القاعدة القاتونية التي تعلم والتى أنشاتها فى ذات الوقت، ومن ثم فإن الصلة بين القاعدة القاتونية القاتونية تمتمد على التو وتبعية (١).

بيد أنه يلزم ملاحظة أن نظرية "كلمن" في التدرج لا تقتصر على القواعد القانونية، وإنما هي شاملة الكافة الأعمال القانونية سواء ما كان منها من الأعمال القانونية الفردية كمالقرارات

⁽١) الأِ ـتاذ النكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق - ص ٢٢.

⁽٢) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى: النظم السياسية - ١٩٦١ - هن ١٧٦، ١٧٧. الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابية على نصفورية القوانين - ١٩٦٠ --

وسند منظور احمد عمان جو معجد: الرفية على تصورية العوالين ــ ۱۰۰۰ س 4 أ

⁽٣) بطنق على هذه النظرية اسم "النظرية الخالصة للقانون" وقد وضعها أستاذ فلسفة القانون" وقد وضعها أستاذ فلسفة القانون المائية على المراقط على ١٩٣٤، ثم أعاد طبعها عام ١٩٣٠، ثم على المؤور نها والولايات المتحدة الأمريكية أنشاء صله في ذلك الولاية أستحدة الأمريكية أنشاء صله في ذلك الولاية، وقد ترجمها إلى الفرنسية بعد ذلك الفتويه الفرنسي "شارل ايز نمان" علم ١٩٦٧، في باريس.

KELSEN (H), Théorie pure du droit, Traduit par Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

و في رأى كلسن أن لقدتون هو النولة والنولة هي القانون، وهو ليس تعييراً عن إر انتها وهي ليست صداعة القانون لأن القانون مجموعة إر ادات على شكل هرمي، فالقانون نظام هرمي كل قاعدة فيه تستمد شر عيتها وفعاليتها من القاعدة الأطبي منها.

الإدارية الغردية والأحكام القضائية والعقود المبرمة بين الأفراد. ولذلك يؤخذ على نظرية "كلسن" أنها تخلط بين القواعد القانونية والالتزامات القانونية، كما أنها ندخل القواعد القانونية العامة مع التطبيقات الخلصة في بناء واحد.

فمن ناحية، يصعب التسليم بأن مصادر الالتزام هي مصادر للقاتون في نفس الوقت، وإلا لأمكن اعتبار العمل غير المشروع الذي يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير، مصدراً من مصادر القانون. ومن ناحية أخرى، فإنه من غير المقبول إدخال القواعد القانونية العامة مع التطبيقات الخاصة في بناء واحد، فالفارق بين القاعدة والتطبيق ليس فارقا في الدرجة فحصب ولكنه فارق في الطبيعة أيضاً. وعليه يصعب اعتبار القواعد القانونية الفردية وتلك الالتزامات الخاصة جزء من القوانين، لأن هذه القواعد الفردية وتلك مجموعة من الخاصة تختلف من حيث الطبيعة عن القانون الذي يتمثل أساماً في

ولذلك يلزم علينا أن نشير إلى أن "تدرج الأحمال القاتونية" هو أمر أكثر اتساعا وشمولاً من "تدرج القواعد القاتونية" الذي تقتصر عليه در استناء حيث يتسع المبدأ الأول ليشمل كافة الأعمال القاتونية أي تلك التي يترتب عليها أثار قاتونية بعض النظر عن مدى عموميتها. في حين أن "تدرج القواعد القاتونية" يقتصر فحسب على تحديد مراتب القواعد العامة المجردة، وبالتالي تخرج من دائرتها القرارات الإدارية الفردية والأحكام القضائية والاتفاقيات الدولية حيث أن معظمها نتعلق بحالات فردية — والعقود، لأن الطابع المميز لكل هذه التصرفات هو الخصوصية المتصلة بحالة محددة بالذات.

ومن ناحية أخرى فإن "تدرج القواعد القانونية" يتمع ليشمل كافة القواعد القانونية العامة المجردة سواء ما كان منها مدونا أى التشريعات، أو ما كان غير مدون أو بالأحرى غير مشرح أو غير مقنن مثل القواعد العرفية

 ⁽١) راجع أوجه النقد الموجهة إلى نظرية "كلسن" في القانون بصفة علمة الأستاذ الدكتور
 سمير تناغو: المرجع السابق – ص ٢٠٠ وما بعدها.

والمبادئ العامة للقانون، وبذلك يكون مبدأ "تدرج القواعد القانونية" أكثر السماعاً من مبدأ "تدرج التشريعية حيث يستغرق المبدأ الأخير إلى جانب القواعد القانونية الأخرى غير المشرعة أو غير المقننة.

ثَالثاً: مشمون تدرج القواعد القانونية وأسعه:

من المستقر عليه فقها وقضاء أن القواعد القانونية المدونة أى التشريعات تتدرج فيما بينها بحيث تحتل القمة القواعد الدستورية، وتليها القواعد التشريعية الصالارة عن السلطة التشريعية، وأخيرا القواعد اللانحية التنفينية, أما بصدد القواعد القانونية غير المدونة أو غير المشرعة، فإن الخلاف الفقهي بشأن مرتبتها ما زال قائماً على نحو ما سندرسه فيما بعد.

والأساس الذى يرجع إليه الترتيب المشار إليه -- بصدد التشريعات على وجه الخصوص -- هو المعيار الشكلى أو بالأحرى العضوى، ولذلك فإن الشحرج يعنى في الحقيقة الشدرج الشكلى للقواعد القانونية، أما المعيار الموضوعي، فليس له أى دور في هذا الصدد. ومن ناحية أخرى فإن تدرج القواعد القانونية إنما ينحصر أساسا في تدرج القوة القانونية أو بالأدق المرتبة الإزامية لتلك القواعد القانونية، بغض النظر تماماً عن الطبيعة القانونية لهذه القانونية الماد.

ومن هنا يمكن القول أن تدرج القواعد القانونية هو تدرج شكلي من ناحية، وهو تدرج المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية من ناحية أخرى.

التدرج الشكلي للقواعد القانونية:

يرتكز التدرج الشكلى للقواعد القانونية على مرتبة الملطة التى أصدرت القاعدة القانونية والإجراءات المتبعة لذلك، فالقاعدة الصادرة من ملطة اعلى في ميدان التشريع تعتبر أسمى مرتبة من تلك التي صدرت عن سلطة أدنى، فإذا صدرت القاعدتان عن نفس السلطة كانت الإجراءات المتبعة فى إصدار هما هى المرجح بينهما، فتخبر القاعدة التى تصدر وفقاً لإجراءات أشد، أعلى مرتبة من تلك التى لا تتطلب لإصدارها سوى إجراءات عادية، أو لا تتطلب بشأنها أية لجراءات (1).

ولما كانت السلطة التأسيسية أعلى مرتبة من السلطات المؤسسة، باعتبارها هي المنشئة لها، وكانت السلطة التنفيذية اعلى من السلطة التنفيذية في مجال التشريعية هي المختصة أصلا في مجال التشريع في حين أن السلطة التنفيذية تختص بذلك استثناء، فإن السلورة التنفيذية تختص بذلك استثناء، فإن السنور يعلو القانون الذي يعنه البرلمان، وتعلو القوانين على اللوائح الصادرة من الإدارة.

ومن ناحية أخرى، فإن الهينات والمصالح الإدارية تتدرج فيما بينها في شكل سلم إدارى، وتبعا لذلك تتدرج أعمال هذه الهينات حسب مرتبة كل هيئة أو مصلحة داخل السلطة التتغينية.

أما من حيث الإجراءات، ضن الملاحظ في بعض الدساتير مثل الدستور الفرنسي الحالي أن بعض القوانين يلزم لإقرارها أغلبية خاصة وإجراءات أشد تختلف عن إجراءات سن القوانين الأخري، ففي هذه الحالة تعتبر القوانين الأولى، وتعمى في فرنما بالقوانين الأساسية، أسمى مرتبة من القوانين العالمية".

وليس من الجائز القول بتدرج القواعد القاونية تدرجا موضوعيا، بحيث يتأسس هذا التدرج على موضوع القاعدة ومحتواها، بغض النظر عن السلطة التي أصدرتها أو الإجراءات التي اتبعت في شأتها، إذ لا يترتب على اختلاف موضوع القاعدة أو محتواها أو كونها قاعدة شاملة أو إقليمية أو طلقية

⁽١) حكم للمحكمة الإدارية الطيافي ١٩٥٨/٧/١٢ قضية ٩٢٩ لمنة ٣٤، المجموعة المنة ٣. رقد ١٧٣ ص ١٩٢١.

 ⁽٢) راحَع على تفاصيل نلك رسالتنا للدكتوراه: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة اللائحية
 (١٩٨١ - كليسة الحقوق الإسكندرية - ص ١٩٢٧ وكذلك مؤلفنا: اللوائح الإداريسة وضمائة الرقابة القضائية - ١٩٨٢ - ص ١٩٤٠ وما بعدها.

أو مهنية سوى الاختلاف فى نطاق تطبيق القاعدة القانونية، ولذلك فإن التدرج الموضوعى وإن كان له دور محدد بصدد تدرج الأعمال القانونية فى الدولة، الا أنه منعدم الأثر بالنسبة لتدرج القواعد القانونية، فهذا الأخير هو تدرج شكلى بحت حيث لا تختلف القواعد القانونية من حيث عموميتها وتجريدها.

وعليه فإن المعيار الموضوعي يقتصر دوره على تحديد تدرج الأعمال

- وليست القواعد - القانونية في الدولة، حيث يمكن الالتجاء إليه في حالة فشل
المعيار الشكلي في تحديد مرتبة العمل، كما هو الحال بصدد تحديد مرتبة
الأعمال الإدارية الفردية واللائحية، وكلاهما صادر عن السلطة الإدارية
وبإجراءات متماثلة في كثير من الحالات، ولذلك يتحتم التمييز بينهما وتحديد
مرتبتهما الإلزامية وفقاً للمعيار الموضوعي، فتكون الأعمال الإدارية التي
تتضمن قرارات فردية أدني مرتبة من تلك التي تتضمن قواعد قانونية عامة،
أي اللوائح، ومن ثم تعتبر القرارات الإدارية الفردية المخالفة للقواعد اللانحية
باطلة لعدم مشروعيتها حتى ولو كانت القرارات الفردية صادرة عن هيئة
إدارية أعلى درجة من الهيئة الإدارية المصدرة للائحة ().

ومع ذلك فإنه يلزم ملاحظة أنه قد توجد قرارات إدارية فردية تتمتع بمرتبة أعلى من اللائحة الإدارية العادية مثل اللوائح التنفيذية أو لوائح الضبط وهو ما يتجقق بالنسبة إلى تدابير المضرورة ذات الطابع الفردى، والتى تصدر استنادا إلى قانون الطوارئ، فهذه القرارات - كما منوضح فيما بعد - تتمتع بقوة القانون وفقا لنصوص الدستور أو تأسيسا على نظرية الضرورة القبنائية.

 ⁽۱) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٥/١١/٥ قضية ١٥٩ لمنة ١ق، المجموعة المنة ١ رقم ٧ ص ٤١.

غير أنه يازم علينا أن نشير في هذا الصدد إلى وجود "أعمال واقعية" ترتدى ثوب الأعمال القانونية، مثل الوثائق التي تممي باصطلاح "الإعلان الدستورى" والتي تصدر عادة بعد قيام ثورة أو انقلاب على نظام الحكم القائم ونجاح القائمين عليها في إنهاء حكم الملطة القائمة، وفي تقديرنا أن هذه الوثائق ليمت دميتورا بالمعنى الفنى الدقيق لأنها ليمت تعبيرا عن إرادة المعلطة التأسيمية الحقيقية، وإنما هي تعبير عن المعلطة الجديدة التي تحوز في الغالب جميع المعلطات التأسيمية والتشريعية، وتتدخل كذلك في أعمال المعلطة القضائية بإنشاء محاكم استثنائية للفصل في بعض القضايا ذات الطابع المعامي دون التزام بالقوانين والإجراءات الجنائية.

ولذلك فإننا نرى أن الثورة أو الإنقلاب وهما بطبيعتهما من الأعمال المادية أو الواقعية، لا يمكن أن ترتب أية أثار قانونية نلز م بالاعتداد بها، صحبح أن الواقع قد بكون، بل والغالب أن بكون، أقوى من القانون في مثل هذه الحالات، ولكننا هنا نرفض الخلط بين الأعمال التي يقوم يما رجال الثورة أو الانقلاب بالمخالفة للقوانين كأعمال مادية أو سياسية، وبين الأعمال القانونية التي يسعى هؤلاء الرجال إلى التستر خلفها والتخفي في ثوبها، لتبرير أعمالهم، و هي أصلاً غير مير رة، تحت رداء القانون والمشر و عية، إذ بحق لنا أن نرى أن مجر د الندء في المساس بالدستور و الشريجة الدستورية من جاتبهم، يؤدي إلى تحول الدولة من مصاف الدول القانونية والدستورية، إلى قائمة الدول الاستبدادية اليوليسية، ومن ثم فإن الحديث عن أثر هذه الثورة أو الإنقلاب على الدستور ، أو محاولة التضبيق من آثار الثورة على النظم القائمة، أو محاولة تبرير ها تحت شعارات الشرعية الثورية، هو عبث لا طائل من ورائه، ولن تنال الشعوب منه سوى الديكتاتورية والفاشية والنازية، وإن تخفت تحت مزاعم الديمقر اطبة الشعبية، و من المؤلم أن نجد بعض الفقهاء بتلمسون في القانون، و قد قصد به البناء و التنظيم و حماية الحقوق و الحريات، أمساً لفكرة هدامة تقوم على تدمير النظام وهدم الدولة وتفكيك أوصال المجتمع وترفع الفوضى راية لها، بما يحافي العقل و المنطق و يصدمه تماماً، و على هذا الأمياس فإنبا لا نبري للثورة أو الإنقلاب أى أثر على الدستور القائم، وكل عمل يصدر بالمخالفة له هو مجرد عمل مادى مخالف للشرعية الدستورية، يتعين محاسبة من قام به ولو اجلا، مهما طال الزمن، حيث بات الإحتداء على الحقوق والحريات جريمة لا تسقط بالنقابم، وعليه فإننا في نطاق هذا البحث لن نعتد بالإعلانات الدستورية الإإذا اقتضت الدراسة ذلك.

٣. تدرج الرتبة الإلزامية للقواعد القانونية:

أشرنا سلفا إلى أن تدرج القواعد القانونية إنما يعنى أن بعض هذه القواعد يتمتع بقوة إلزامية أعلى مما تتمتع به القواعد الأخرى التى تليها فى المرتبة. والواقع أن مظاهر التدرج تقتصر حقاً على القوة القانونية للقاعدة أو قوتها الإلزامية أو مرتبتها الإلزامية وكلها اصطلاحات تدل على معنى واحد، ولكنها أي القوة الإلزامية - تختلف تماماً عن الطبيعة القانونية للقاعدة.

فبالرغم من أن القوة الإلزامية للعمل ترتبط كقاعدة عامة بطبيعته القانونية، إلا أنهما لا يتلازمان حتما، إذ يستطيع المشرع الدستورى أن يعدل من القوة العادية للعمل التى تتحدد على ضوء طبيعته القانونية، كاستثناء من هذه القاعدة العامة نتيجة ظروف واعتبارات معينة يقدر ها لذلك.

فالأصل أنه في ظل مبدأ المشروعية، فإن القواعد القانونية العامة تنقسم من حيث قوتها الإلزامية إلى قواعد لها قوة الدستور وتمنح أساسا للقواعد القانونية التى يصعها المشرع الدستورى، وقواعد لها قوة القانون ببالمعنى الفانونية التى يضعها المشرع الدرلماتي، الضيق – وتمنح كقاعدة عامة للقواعد القانونية التى يقرها المشرع البرلماتي، ثم قواعد لها قوة العمل الإدارى وهي تلحق بالتشريعات اللانحية التى تصدرها السلطة التنفيذية، وبين هذه المراتب القانونية الرئيسية الثلاثة، يختلف الفقه حول تحديد المرتبة الإلزامية لغير ذلك من القواعد القانونية مثل المبادئ العامة للقانون والقواعد العرفية، ولعل مرد هذا الخلاف أنها قواعد قانونية غير مشرعة أى غير مقننة، ومن ثم وقع الخلاف حول مصدرها وأساس قوتها الإلزامية.

واستثناء من هذا الأصل، يستطيع المشرع الدستورى – دون غيره – أن يعنل من القوة الإلزامية للعمل القانونى، كأن يطو بقوة لوانح الضرورة على سييل العشال، إلى قوة القانون تقديراً منه لخطورة الظروف الاستثنائية ومقتصياتها، وهو الأمر الذى قرره المشرع الدستورى المصرى صراحة فى المواد ٨٠٤ و١٤٧ من دستور ١٩٧١ والدسائير السابقة عليه.

وفى حالات أخرى، يمتطيع المشرع الدستورى أن يهبط بقوة العمل الإنوامية، كأن يهبط مثلاً بقوة القانون التي تتمتع بها بعض قواعد القانون التي تتمتع بها بعض قواعد القانون القائمة بلى قوة اللائحة أى قوة العمل الإدارى، نتيجة اعتبارات محددة، مثلما حدث في فرنسا في ظل دستور 1908 الحالي بصدد القواعد القانونية السارية بعد صدور هذا اللاستور، والتي أضحت موضوعاتها من الموضوعات المحتجزة للائحة وقفا المالدة ٣٧ هذا الدستور، وذلك بالشروط والإجراءات المنصوص عليها فيه.

كما أنه بصدد بعض الإعمال القاتونية التي لا ترتبط بسلطة عامة معينة، فإن المشرع الدستوري يتولى تحديد السلطة المختصة بها والقوة الإنهية المقررة لهذه الأعمال بحسب ما يراعيه من اعتبارات سياسية أو قاتونية، أو غير ذلك من الاعتبارات، ومن أمثلة ذلك المعاهدات، ففي مصر تختص السلطة التتفينية مثل معظم الدول بسلطة عقد المعاهدات بصفة عامة، باستثناء بغض أنواع المعاهدات التي تقضى دساتير هذه الدول بضرورة موافقة السلطة التشريعية فيها عليها، ويحرص المشرع الدمتوري في هذه الحالة على تحديد القوة الإلزامية للمعاهدات بكافة أنواعها فيقرر لها قوة القانون على الأقل. في فرنسا مثلاً فبله وفقا المواد ٥٢ و ٥٤ من دستور ١٩٥٨ الحالى تتمتع المعاهدات بقوة أعلى من القوانين، ولذلك فبالرغم من أن الأصل أن سلطة عقد المعاهدات في فرنسا هي مما يدخل في اختصاصات رئيس الجمهورية - مثلما المعاهدات التي مصر وفقا لدساتيرها منذ دستور ١٩٥٦ - إلا أن المعاهدات التي

من شأنها تعديل النصوص ذات الطبيعة التشريعية هي "مما لا يجوز التصديق أو الموافقة عليها إلا بموجب قانون" (م ٥٣)، كما أنه "إذا قرر المجلس الدستورى ... أن تعهدا دوليا يقضمن شرطا مخالفا للدستور، لا يمكن الإذن بالتصديق أو الموافقة عليه إلا بعد تعديل الدستور" (م ٤٥) وهو ما يؤكد أن المؤذ الإلزامية للمعاهدات في فرنسا وإن كانت "أعلى من القوانين" إلا أنها لا تصل إلى قوة الدستور (١٠).

غير أنه يلزم ملاحظة أنه إذا كان للمشرع الدستورى أن يعدل في القوة الإلزامية العادية للعمل القاتوني، فيقرر مثلاً أن للعمل الإدارى في حالة الضرورة قوة القاتون، فإنه لا يملك تعديل أو تغيير طبيعة العمل القاتونية مهما كانت ظروف إصدار هذا العمل، ومن باب أولى فإنه إذا كان من حق السلطة التنفيذية، فإن ذلك لا التشريعية دستوريا، إعادة تنظيم اختصاصات الملطة التنفيذية، فإن ذلك لا يمكن أن يستتبع الحق في تغيير طبيعة العمل الإداري().

وقد استقر الرأى الغالب فى الفقه والقضاء على الأخذ بالمعيار الشكلى أو العضوى بصفة أساسية التحديد الطبيعة القانونية للأعمال القانونية مثل التشريعات والأحكام واللوائح، وذلك لما يتميز به هذا المعيار من وضوح وتحديد بالمقارنة مع المعيار الموضوعى الذى يعتمد على عناصر موضوعية نتعلق بالمضمون الداخلي للعمل، وهي عناصر لا تتمتع بنفس الدرجة من

. D. J., P. 202.

⁽١) ومن المحتمل أيضا أن يعمد المشرع الدستورى إلى رفع القوة الإلزامية لقانون عادى إلى مستوى القوة الإلزامية الدستور نفسه، وهو ما يتحقق وفقا المدادة ٤ من الدستور الكويتي المحالي بصدة قانون توارث الإمارة، وهو أيضا ما تحقق في مصر وفقا لدستور ١٩٥٦ الذي أضفى على بعض نصوص قانون الإصداح الزراعي قوة الدستور راجع في ذلك:

الأستاذ الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستورى في جمهورية مصر العربية - ١٩٧٤

⁽²⁾ Carré de MALBERG, Contribution a la théorie générale de l'Etat. 1920. t. II, P. 596. BATAILLER, Le Conseil d'Etat Juge Constitutionnel, 1966, L. G.

الوضوح والتحديد التي تتمتع بها الخاصر الشكلية أو العضوية للعمل والتي ترتكز أساسًا على المظاهر الخارجية للعمل وصفة العضو الذي اتخذه

و هكذا استقر الفقه والقضاء على أنه للتمييز بين القرارات الإدارية – مثلا – وبين القوانين التي تمنها المجالس النيابية، فالعبرة وفقاً للمعيار الشكلي بالهيئة التي تقرر العمل والشكل الذي يصدر فيه والإجراءات التي تتبع في إصداره، دون النظر إلى مضمونه أو موضوعه أو فحواه.

وتأسيما على ذلك يكون العمل أو القرار إداريا إذا كان صعادراً من فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة أو الملطة التنفيذية، ويكون العمل تشريعيا إذا كان صعدراً من السلطة التشريعية، ويكون العمل قضائيا إذا كان صعادراً من المسلطة القضائية، وكل ذلك بصرف النظر عن مضمون العمل أو القرار ذاته.

وعليه فإن القرارات الصنادرة من الإدارة، مبواء كانت فردية أم لاتحية، ومبواء صمدرت في الظروف العادية أم الاستثنائية، هي قرارات إدارية من حيث الطبيعة القانونية، وإن اختلفت قوتها الإلزامية بحسب ظروف إصدارها ومرقف المشرع الدستوري منها.

ولعل أهم ما يترتب على هذه التفرقة بين الطبيعة القانونية للعمل وقوته الإلزامية — وهي التفرقة التي يغفلها العديد من الفقهاء — هو خضوع كافة الأعمال الإدارية، مهما كانت قوتها الإلزامية، للرقابة القصائية على مشروعيتها من جانب القصاء الإداري، وهي الرقابة التي تتفس على الطبيعة القانونية للعمل بالا جدال، حيث يختص القصاء الإداري، بغص النظر عما إذا كان هذا العمل يتمتع يقوته الإلزامية المانية أم يقوة إلزامية استثنائية خاصة، لأن هذه الامتثنائية ليس لها أدنى تأثير على خضوع العمل للرقابة القضائية أو عدم خضوعه لها، إذ ينحصر تأثير ها في تحديد مدى مشروعية أو عدم مشروعية العمل الإداري، سيما من حيث مدى مطابقة محل العمل الإداري القواعد القانون، ومن ثم يتحول التماؤل من مرحلة تحديد مدى اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإداري

المتصلة بهذا العمل والتأكد من توافر شروط قبولها، إلى مرحلة فحص أوجه مثر وعبة العمل أو عدم مشر وعيته(').

وفى هذا الصند نشير إلى أن تدخل المناطات العامة الأخرى فى شأن أى عمل إدارى ليس له أى تأثير على الطبيعة القانونية لهذا العمل، وإذا كان من المسلم به أن تدخل المناطة القضائية بصند الأعمال الإدارية، وهو ما يتحقق بما يباشره القضاء من أوجه رقابة على هذه الأعمال، لا يؤدى إلى المساس بطبيعة العمل الإدارى من قريب أو بعيد، فإن تدخل المناطات العامة الأخرى وأثر هذا التخدل ما زال محلا للجدل الفقهى وتردد القضاء، وهو ما سنعرضه تفصيلا فيما بعد عند دراسة أثر موافقة المناطة التأسيسية على أثر استكفاء شعبى على بعض الأعمال الإدارية، فيما يتعلق بطبيعتها وقوتها القانونية.

وتأسيسا على ما تقدم فإننا نرى أن دراسة موضوع تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية يمكن أن تنقسم إلى أبواب ثلاثة وذلك على النحو التالي:

الهاب الأول: وفيه نحدد المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية، التشريعية منها وغير المشرعة أو بالأحرى غير المقننة كذلك.

الباب الشاتى: ونخصصه لتحديد مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية ومكانتها أو مرتبتها فى تدرج القواعد القانونية سواء باعتبارها مصدر رسمى للقانون أم باعتبارها مصدر مادى للتشريع.

الباب الثالث: ونعرض فيه لنشائج تدرج القواعد القانونية وضمانات تحقيق هذه النتائج.

 ⁽۱) راجع مؤلفنا: مبادئ القانون الإدارى - نظرية العمل الإدارى - ۲۰۱۳ - ص ۷٪
ومايندها.
 المحكمة الإدارية العليا في ۱۹۲۵/۳/۲۱ قضية ۳۲۷ اسنة 9ق، المجموعة المنة ۱۰
رقم ۹۱ ص ۹۰١.

الباب الأول تحديد الرتبة الإلزامية للقواعد القانينية

مسيق أن أشرنا إلى أن القواعد القانونية تنقمم وفقاً المسائد فقها إلى نوعين: قواعد قانونية مكتوبة أو مدونة وتتمثل في الدستور والقوانين - بالمعنى المضيق - واللوائح؛ وقواعد قانونية غير مكتوبة - والتي نفضل تسميتها بالقواعد غير المشرعة أو غير المقننة - وتتمثل في المبادئ العامة القانون والقواعد المرفية.

ولذلك فإنسا نرى أن معيار التمهيز بين القواعد القاتونية المكتوبة والقواعد القاتونية المكتوبة والتقوين وإنما في التقنين، وهو والتقنين لغة مأخوذ من كلمة "قنن" وهي المصدر ومعناها وضع القوانين، وهو معنى مقارب للصطلاح أيضاً، إذ أنه يعنى جمع وصياغة الأحكام المتعلقة بمجيل معين من مجالات العلقات الاجتماعية في صورة مواد قانونية مبوية ومرتبة ومرقمة ومصاغة بعبارات أمرة موجزة واضحة في بنود ذات أرقام متملسلة تسمى موادا، ثم إصدارها في صورة تشريع أو قانون أو نظام تفرضه الدولة للعمل به في هذا المجال، وبه يتقيد القضاة ويرجع إليه المحامون ويتعامل على أساسه المواطنون.

فالتثنين علم وصياغة والزام وليس مجرد تبويب وترقيم واختصار، وعليه يمكن القول بصدد مدلول التقنين وعلاقته بالقاتون، بأن للتقنين معنيان وإن كانا متكاملان, فهو من ناحية يطلق على كل تشريع عام يتضمن جميع النصوص القاتونية التى تنظم فرعا بلكمله من فروع القاتون أو مسائلة من المسائل القاتونية الكبرى في مجال الملاقفت الاجتماعية، بحيث يمكن الممل بها وإتباعها دون أن يكون هناك اختلاف أو تعارض في الأحكام التي يتضمنها التقنين، حيث أن القاعدة التشريعية لا يكتمل وجودها إلا بعنصر الإلزام والامتثال إلى حكمها، وهو الأمر الذي لا يتحقق بالتراضي دائما وإنما قد يستدعي فرضه بالتقاضي.

ومن ناحية أخرى يعتبر التقنين من أهم وسائل الصياغة القانونية التى تلجأ إليها الدولة لإلزام الناس بما فى التقنين من أحكام أو قواعد كمصدر رسمى للقانون. وذلك من خلال تجميع وتبويب وترتيب القواعد القانونية الحاكمة لفرح من فروع القانون أو أحد موضوعاته بواسطة الملطة المختصة بالتقنين أو بإعداده، وفقاً لخطة معينة يتحقق عن طريقها التنميق والتوفيق بين الأصول والفروع، ويزيل شبهة التعارض بين أحكام هذه القواعد القانونية المقننة.

ولا شك فى أن صياغة النص التشريعي هى الأداة الرئيسية إلى حسن فهمه وتفسيره، وبالتالى إلى إمكانية تفعيله وتنزيله، وحيث أن الثقنين يضمن الإلزام بالنصوص المقننة، فهو يدخل فى واجبات السلطة التشريعية، وعلى ذلك لا يجوز على الإطلاق أن يوصف أى تجميع لقواعد أو نصوص يقوم به أحد الفقهاء أو الهيئات العلمية بأنه تقنين.

وما من شك في أن أهم مزايا التقنين هي توحيد القانون واجب التطبيق ومن ثم توحيد سلوك الأفراد في المجتمع. وخاصة في البلاد التي تحكمها قواعد عرفية مختلفة أو تشريعات متعددة أو متنوعة المصدر، أما أهم عيوبه فهي ما قد يؤدي إليه التقنين من جمود للقانون كما لو كان شيئا ثابتاً لا يتغير، بما موداه ضياع مرونته وقدرته على التطور والتحديث، ما لم يتخذ القضاء بمساعدة القفه موقع مرنا عند التطبيق بأن يقوم بتطويع النصوص الواردة في التقنين بما يحقق العدل ولو أدى نلك إلى تخطى قصد المشرع أو تعديل مدلول النصوص، وهو الأمر الذي يرفضه جانب كبير من الفقه، إذ يرون ضبرورة للراقاضي باتز ال حكم القانون ولو كان مخالفاً لو أبه.

وتأسيسا على ما نقدم يلزم علينا تحديد المرتبة الإلزامية لكل نوع من القواعد القانونية، وهو ما نتناولة تفصيلا في فصلين: الأول منهما نخصصه للقواعد القانونية المدونة أو بالأحرى المشرعة، والآخر نحدد فيه مرتبة القواعد القانونية غير المشرعة.

الفصل الأول المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية المقنفة

سبق أن بينا أن هناك ثلاثية أنواع من القواعد القاونية المقتنة أو المشرعة، ونلك بالنظر إلى الجهة أو المناطة التي قامت بتشريعها، وهي القواعد النشريعية القواعد الدستورية التي تختص السلطة التأسيسية بإقرارها، والقواعد التشريعية التي يقبل البريدي البرامان أو بالأحرى السلطة التشريعية منها، وهي التي يطلق عليها أحياتا أفظ "التشريع المسلك" بالمقابلة للفظ "التشريع الأمامي" أي الدستور، و "التشريع الفرعي" أي الدستور، و التشريع الفرعي" أي الاستقور، و التشريع الفرعي" أي الاتحدة، ولذلك تجئ "اللوائح" التي تقوم السلطة التنفيذية بوضعها في نهائية مراتب تدرج القواعد القانونية المشرعة أو المقتنة.

وعليه نتناول بالدراسة كل من القواعد الدستورية والقواعد التشريعية والقواعد اللانحية، لييان مرتبتها الإلزامية كل في مبحث مستقل.

البحث الأول القواعد النستورية

يعتبر الدمتور التشريع الأساسي في أية دولة قاتونية، حيث لا يتصور قيام الدولة القاتونية دون أن يكون لها دستوراً يقيم النظام في الدولة ويؤسس الوجود القاتوني للهيئات الحاكمة في الجماعة، ويحدد وسائل حماية من لا سلطة لهم في مواجهة من لهم الملطة، فيبين الحقوق والحريات الفردية، والتي تهدف إلى حماية الفرد والأقليات من احتمالات تصف واستبداد الأغلبية.

ومن هذا المنطلق فإنه يتمنر القول بأن دولة ما هى دولة قاتونية بدون وجود القواعد الدستورية اللازمة لتتظيم هذه الدولة، ومن ثم يعتبر الدستور أول مقوصات الدولسة القاتونيسة، ولمثلك يطلق عليها أبسضا اصسطلاح "الدولسة الدستورية". ويذهب الفقه الدستورى إلى وصف الدولة بأتها دستورية إذا كاتت ذات نظام دستورى أى تكون السلطة فيها مقيدة، لأن الدستور فى جوهره منظومة من القيود على ممارسة المسلطة العامة، والمجتمع الذى يراعى هذه القيود يؤسس دولة دستورية، ففى طليعة المبادئ الدستورية أن تكون السلطة مقيدة، والدستور بتنظيمه لتلك السلطة المقيدة هو درع المجتمع فى مواجهة احتمال تحسف المسلطة، حتى وإن كانت سلطة شرعية، لأن شرعية السلطة لا تغنى عن مشروعية أعمالها وتصرفاتها، بحيث تأتى القوانين والانظمة التى تصدر عن تلك السلطة متطابقة مع الدستور، وتحت طائلة الإبطال من قبل جهة رقابية تتولى رقابة الدستور، وحماية الحقوق والحريات من احتمال عسف المسلطة التنفيذية تحت الدستور، وحماية الحقوق والحريات من احتمال عسف المسلطة التنفيذية تحت

و على ذلك فإن احترام الدستور والالتزام بأحكامه وليس مجرد وجوده فقط هو نقطة الانطلاق نحو تحقيق الدولة الدستورية، والضمانة الفعالة لمبدأ سمو الدستور، وهو مبدأ مقرر لصالح أفراد المجتمع يتمسكون به في مواجهة السلطات العامة في الدولة.

ويقصد بالقواعد الدستورية مجموعة القواعد القانونية التى تبين نظام الحكم فى الدولة وتحدد الحقوق والحريات العامة للأفراد وتقرر المقومات والأسس والأهداف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة أو المجتمع.

ولما كانت هذه القواعد هي التي تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها، وتحدد نطاق اختصاصات، فإنه وتحدد نطاق اختصاصات، فإنه ينرتب على ذلك أن تسمو هذه القواعد وتحتل المرتبة الأولى على قمة التنظيم القانوني للدولة، وتبعا لذلك تلتزم جميع المناطات باحترام هذه القواعد بأن تمارس اختصاصاتها في الحدود المرسومة لها وعلى الوجه المبين في الدستور.

والأصل أن ترد هذه القواعد في وثيقة تسمى بالدستور الذي يعد في هذه الحالة أول مصدر من مصادر المشروعية، غير أنه قد ترد مثل هذه القواعد في أكثر من وثيقة أو في وثائق أخرى يطلق عليها أحياتا إعلانات المحقوق أو المواثيق، كما قد يرد بعضها في مقدمات الدسائير أنها، بل وفي بعض قوانين المطلة التشريعية في صورة قوانين أسلمية مكملة الدستور، وفي هذه الحالة تعامل هذه القوانين الأساسية معلملة التشريعات البرلمانية وليست الوثائق المحقوق، وعليه تعرض أو لا لهذه الصور الدستورية ثم نبين بعد ذلك دور الدستور باعتباره أسمى القوادية.

المثاب الأول . مقدمات المساتير والواثية وإملائات المقوق .

مقدمات الدساتير هي ثلث الديادئ والقواعد القلمفية التي تتصدر الدساتير عادةً بخلاف المواد القانونية التي تتضمنها هذه الدساتير، ومثالها مقدمة الدمتور المصرى لعلم ١٩٧١، ومقدمة الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦.

أما المواثيق وإعلانات الحقوق فهى وثائق مياسية منفصلة عن الستور، تنص فى الغالب على الحقوق والحريات الغربية التي يتمين على الدولة احترامها، علاوة على بعض الأسس التي يجب أن يقوم المجتمع على متتضاها, وتحرص بعض الدول على إصدار مثل هذه الوثاق أثر قيام نظام جديد فيها نتيجة ثورة أو حركة تحرير، حيث يهتم من يتولى الحكم بعد نجاهها، بتسجيل العبادئ والأسس والحقوق والواجبات التي ينبغى أن يقوم عليها المجتمع الجديد من الناحية السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

ومن أمثلة المواثيق، الميثاق الوطني الذي أعان في مصر في ٢١ مايو ١٩٦٢، وبيان ٣٠ مارس عام ١٩٦٨، أما إعلانات الحقوق فطالها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي صدر في فرنسا عقب الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩.

وقد ثار النقاش حول التكييف القانوني لطبيعة القواعد والمبادئ الواردة في هذه الوثـائق وقيمتها القاتونيـة، وذلك بـصدد تحديد مدى التزام السلطات العامة في الدولة باحترام هذه القواعد وثلك المبادئ.

أولاً: التكييف القانونى لطبيعة المُوادئ الواردة في المُواثيق وإملانات العقوق ومقــنمات. النساتير:

اختلف الرأى فيما يتغلق بطبيعة هذه المبادئ ومدى اعتبار ها من القواعد القانونية الملز مة، حيث ظهر ت عدة اتجاهات هي:

١- يذهب اتجاه إلى إنكار تمتع المبادئ والأسس الواردة في هذه المواثيق بطبيعة القواعد القاتونية ومن ثم يجردها من كل قوة إلزامية وقيمة قانونية، فهي مجرد إفصاح عن مبادئ فلسفية وسياسية تعبيرا عن آمال ومثل ومثل أهداف الملطة التأسيسية، وبالتالي فليس لها سوى قيمة أدبية.

ويترتب على ذلك عدم التزام السلطات العامة التى ينشئها الدستور بهذه المبادئ أو الأسس لأنها ليست قواعد قانونية محددة، بالرغم من صدورها عن السلطة التأسيسية إذ لو أرادت تلك السلطة أن تعتبرها من القواعد القانونية الملأمة لأدرجتها ضمن مواد السنور ذاته (1).

وقد اعتنقت المحكمة العانيا فيل استبدائها بالمحكمة الدستورية العانيا الحالية في مصر هذا الاتجاه في العديد من أحكامها، فبصدد إعلانات حقوق الإنسان، قضت المحكمة بأن "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته

A. ESMEIN, Elements de droit Constitutionnel, 8e éd., t. I, p. 591.

⁽¹⁾ الأسئاذ الدكتور ملجد العلو: المرجع السابق – ص ١٨، الأسئاذ الدكتور عبد العميد حشيش: الوجيز في القلقون المسئوري – ١٩٨٠ – ص ٨٩. الدكتور كمال أبو العيد: مبدأ الشرعية في الدولة الإشتراكية – رسالة على الآلة الكاتبة – القاهر م ١٩٧٥ – ص ٨٧.

GARRE DE MALBERG, Contribution a la théorie de l'Etat, 1920, t. II, p. 78.

الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ ووقعته مصر، لا يعنو أن يكون مجرد توصية غير ملزمة، وليست له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها" (1)

كما أنها بالنسبة للمواثيق، وعلى الأخص بصند الميثاق الوطنى الذي أعلن في مصر في ٢١ مايو ١٩٦٧، قضت المحكمة بأن "الميثاق وثيقة عبرت فيها ثورة ٢٣ من يولية ١٩٥٧ عن مبلانها وأهدافها وخطتها الشاملة لتحقيق هذه المبادئ والأهداف، وهو لا يخرج عن كونه دليلا فكريا يقود خطى الشعب إلى المستقبل حسبما أفصحت عن ذلك مقدمة مستور سنة ١٩٦٤، ومن ثم يتعين لإعطاء ما تضمنه الميثاق من مبادئ قوة الدستور، أن تقنن هذه المبلدئ في نصوص دمتورية تكون هي المرجع عند الفصل في دمتورية القوانين" (١٠).

وبصفة عامة قصت المحكمة بأن "مثل الميثاق فيما أرساه من مبادئ فلمنية عليا وما تضمنه من أهداف كمثل إعلانات الحقوق التى عرفتها الأمم المنتقدمة والتى تقترن عادة بالثورات الناجحة، فتصدر معلنة مبادئ الحق والحرية والمساواة فصلا عن أهداف المجتمع المياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويكون صدورها تمهيدا لإعداد دستور مكتوب يمتمد أصوله وأحكامه من تلك المبادئ والأهداف، ويكون لهذه الأصول والأحكام التي يتبناها الشارع ويصوغها في نصوص دستورية لها قوة ملزمة، أما ما عداها من مبادئ وأهداف لم ينقلها الشارع إلى نصوص الدستور، فيظل مثلا عليا ونظريات فلمنية حتى يقتضى الصالح العام للدولة تطبيقها وتنفيذها، فينقلها الشارع من مجال التنفيذة، وذلك بإفراغها في صورة نصوص محددة في صلب الدستور، فتكون لها القوة الملزمة ... وقد كان الميثاق نصوص محددة في صلب الدستور، فتكون لها القوة الملزمة ... وقد كان الميثاق بين يدى الشارع عند سن قاتون المحكمة العليا ... فلم يقحمه في مجال رقابة

 ⁽۱) حكمها في ۱۹۷۰/۳/۱ دعوى ٧ لسنة ٢ق نستورية، المجموعة – القسم الأول –
 ۱۹۷۷ – صل ۲۲۸.

 ⁽٢) حكمها في ٥/١٩٧٥/٤ دعوى ٩ لسنة ٤ق عليا دستورية، المجموعة القسم الأول – طبعة ١٩٧٧ ... ص ٢٥٨.

دستورية القوانين تقديرا منه الميثاق كوثيقة سياسية عليا تتضمن مبادئ عامة ونظريات قلمفية ... فهو توجيه الشارع الدستورى والشارع العادى على السواء، ولكنه ليس دستورا ولا قاتونا، ولن يكون كذلك إلا إذا صبيغت مبادئه في نصوص تشريعية محددة منضبطة تنقل هذه المبادئ من مجال النظر والقكر إلى مجال العمل والتنفيذ "(1).

٧- يتجه الرأى الغالب في فرنما إلى الاعتراف بالطبيعة القانونية للقواعد والمبادئ التي ترد في إعلانات الحقوق والمواثيق ومقدمات الدساتير، مما يعنى أن لهذه القواعد قوة إلزامية (١)، وإن اختلف الرأى بشأن تحديد مرتبة هذه القوة على نحو ما سنبينه لاحقاً.

والمفروض أن يؤدى تمتع هذه المبادئ بالقوة الإلزامية إلى تطبيقها والتزام السلطات للعامة بلحترامها بمجرد صدورها، غير أن البعض من أنصار هذا الاتجاه يذهب إلى القول بأنه يشترط لتطبيق هذه المبادئ والالتزام بلحكامها من وقت صدورها، أن تكون قد اتخذت طابع القواعد الموضوعية المحددة، أما إذا كانت هذه المبادئ تقف عند مجرد ببان أهداف المجتمع الفلسفية أو السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، فلا يتصور تطبيقها من وقت صدورها ما دامت غير محددة، ولكن يتعين على المسلطات الحاكمة أن تلتزم بها عند وضع الدستور أو القوانين العادية فلا تصدر هذه التشريعات على خلاف تلك المبادئ.

"- يتجه راى تالث بحق إلى انه يتعين التفرقة بين نـ وعين من
 النصوص التى تحتويها هذه الوثائق، الأولى النصوص التى تشكل قواعد

⁽١) حكمها في ١٩٧٥/٤/٥ دعوى ١٣ لسنة ٤ ق عليا دستورية، المجموعة – القسم الأول ١٩٧٠ - ص ٣٩٧ . وخلاقا لذلك ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى التسليم لمقدمة الدستور بطبيعة النصوص الدستورية وقوتها باعتبارها تكون مع الأحكام التي ينظمها كلا غير منقسم "Bloc Constitutionnalite" راجم حكمها في ١٩٤/١/٢٠ قضية ٢٤ لسنة ١٣ ق. دستورية.

⁽²⁾ M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, 1923, p. 85.

DUGUIT: Traité de droit constitutionnel, 2e éd., 1921, t. II, p. 10

قانونية بالمعنى الفنى الدقيق، أى المنشئة لمراكز قانونية محددة واضحة بحيث تكون قابلة بذاتها التطبيق المباشر، فتكون لها الطبيعة القانونية وقوة الإلزام القانوني، والثانية النصوص التى تقتصر على مجرد التعبير عن التوجيهات والأهداف والأمال والمثل العليا والعقائد الفلسفية التى تعتقها المعلمة التى أقرتها، بحيث يتعذل أن تكون قواعد قانونية واضحة المعالم وقابلة التطبيق بذاتها، وهذه لا يكون لها بداهة إلا مجرد قيمة فلمفية وأهمية سياسية وقوة إلزام أدبية.

ويعتنق هذا الرأى غالبية الفقه المصرى وبعض الفقهاء الفرنسيين والقضاء الفرنسي^(۱).

ثَانياً: الْمِرْتِيةَ القَانُونِيَةَ لَلْمِبَادِيَ الْوَارِدَةَ فِي الْوَاثْيَقَ وَإِصَلَانَاتَ الْمُقَوِقَ ومقنمات النساتين:

بالرغم من اتفاق غالبية الفقه على أن للقواعد الواردة في هذه الوثائق أو لبعضها على الأقل، طبيعة القواعد القانونية وبالتالى قوة الإلزام القانوني، إلا أن الخلاف اشتد ببنهم في تحديد القيمة أو المرتبة القانونية لهذه القوة الملزمة، فظهر ت في هذا الصدد ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأولى: ويذهب إلى أن للمبادئ الواردة في هذه الوثائق قيمة قانونية أعلى من قيمة النصوص الدستورية ذاتها باعتبارها من المبادئ المحاكمة أو فوق الدستورية أي أنها تعلو على إرادة المبلطة التأسيسية الأصبلية، استنادا إلى أنها تتصمن الأسس التي يجب أن تقوم عليها نصوص الدستور، كونها تعد تعييرا عن الإرادة العليا للمجتمع، وتحتوى على المبادئ الاساسية الدستورية

⁽١) الأستاذ الدكتور محمود حافظ: القضاء الإدارى – الطبعة ٧ – 19٧٩ – ص ٢٩. الأستاذان الدكتور بركر القبائي والمكتور محمود عاطف البنا: الرقابة القضافية لإعسال الإدارة – الطبعة الأولى - ١٩٧٠ – ص ٢٤. الأستاذ الدكتور كامل لملة. العرجم السابق - ص ٢٤.

BURDEAU, Droit Constitutionnel et institutions politique, 17 éd., 1976, p. 75.

DE LAUBADRE, Cours de droit constitutionnel, 1955/1956, p. 109. C. E. 12/2/1960, Societe Eky, L. 101.

المستقرة في الضمير الإنساني العالمي، مما يتعين معه احترامها وإعمالها بدون حاجة إلى النص الصريح عليها، ويذلك تكون هذه المبادئ ملزمة للملطة التأسيسية التي تقوم بوضع المستور فضلاً عن السلطات العامة التي انشأها هذا المستور والتي تسمى بالملطات المؤسسة وهي الملطات التشريعية والتنفيذية والتضائية (1).

بيد أنه يؤخذ على هذا الرأى – في تقديرنا – أنه ايس هناك من القواعد القانونية ما يعلو على الدستور، استندا إلى أن السلطة المختصة بوضع الدستور، استندا إلى أن السلطة المختصة بوضع الدستور هي السلطة التأسيسية الأصلية، وهي سلطة عليا لا توجد سلطة أخرى تعلوها لأنها تعير في الدول القانونية عن إرادة صلحب السيادة أي الشعب، ولأنها هي التي تقرر أسس النظام القانوني للجماعة، ولذلك فهي سلطة أصيلة ومستقلة وغير مقيدة، إضافة إلى أن تحديد من يضع أو يقر هذه الوثانق أو تلك المبادئ الحاكمة باعتبار ها قواعد فوق دستورية سيتمتع حتما بمنزلة أعلى من الشعب صاحب السلطة التأسيسية الأصيل فيكون وصيا عليه ورقيبا على تصرفاته مما يتناقض بحدة مع المبدأ الديمقراطي، فإذا كان من يضعها أو يقرها هو الشعب لناته – في وقت معين – فإنه بذلك يصادر حق الأجيال التالية في اختيار نظامه السياسي أو تعديله في الدستور.

الاتجاه الثاني: يذهب الرأى الراجح بحق (1) إلى الاعتراف للمبادئ الواردة في هذه الوثائق بنفس القوة القانونية لقواعد الدستور، استنادا إلى أنها نابعة هي الأخرى عن إرادة السلطة التأسيسية، ومن ثم تتمتع بنفس قيمة النصوص الدستورية في مواجهة سلطات الدولة الثلاثة، وخاصة المجالس النبايية، باعتبارها جزءا لا يتجزأ من هذه النصوص الدستورية، إلى جانب

 ⁽١) الأستاذ الدكتور محمود حلمي: المرجع السابق - ص ١٧٤.
 الأستاذ الدكتور محمود حافظ: المرجع السابق - ص ٢٩٠
 الأستاذ الدكتور فواد المعلل: القضاء الإداري -- ص ٩٠٠

DUGUIT, op. cit. . I p. 143 - 144, t II. p. 0 et s.

الأستاذ الدكتور محسن خليل: القضاء الإداري ورقابته لأصل الإدارة - ص ١٧.
الأستاذ الدكتور كامل ليلة: المرجم السابق - ص ٢٥.

LAFERRIERE, Manuel de droit constitutionnel, 197, p. 962 et s.

التزام السلطة التأسيسية الفرعية المختصة بتعديل الدستور بها ما دام هذا الدستور لم يخالفها أو يعدلها.

الاتجاه الثالث: يتجه بعض الفقهاء (1) إلى الاعتراف لهذه المبادئ بقيمة القوانين العادية باعتبارها تتص على بعض الحقوق، ولكنها لا يمكن أن ترقى على مرتبة النصوص الدستورية الجامدة، فلو أن واضعيها قد أرادوا لها سمو تلك النصوص وحصائتها لأوردوها في صلب الدستور. ولذلك يجوز للبرلمان أن يتناولها بالتعديل حسب ما يتراءى له ووفقا لما يمليه عليه الصالح العام، أما الإدارة فإنها تلتزم باحترامها كما تلتزم باحترام القوانين العادية. ويعيب هذا الاتجاه أنه يتجاهل صفة مصدر الوثائق التي تقر هذه المبادئ وتساوى بين ارادة واضعيها إذ تمثلت في الشعب ذاته وبين إرادة السلطات العامة التي أنشاما الدستور، بل وترجح إرادة البرلمان عليها بغير سند بزعم رفض الشعب أنشاما الدستور، بل وترجح إرادة البرلمان عليها بغير سند بزعم رفض الشعب

الطلب الثاني دور النستور باعتباره أسبى القواعد القانونية

ليس ثمة شك أو جدال في فقه القانون الدستوري حول مكانة القواعد الدستورية، فهي تتبوأ قمة التنظيم القانوني للدولة مما يجعلها أهم عناصسر المشروعية والمصدر الأول لها، ويترتب على ذلك أن السلطة المختصة بوضع الدساتير هي سلطة غير مشروطة، لا تتقيد بالمائية قواعد أخرى تطوها، في حين تتقيد السلطات الأخرى المختصة بوضع القواعد القانونية الأخرى، بأحكام الدستور ومبادئه، وتبعا لذلك فإن السلطة التأسوسية المختصة بوضع الدستور لا تتدرج ضمن السلطات التي تخضع للتستور لا يحكم عملها أية قواعد قانونية عليا، ومن ثم لا تخضع لرقابة القضاء، بينما تخضع المسلطات الأخرى

JEZE, Valeur juridique des Déclarations des droits, R. D. P. 1913. 685 et s.

لهذه الرقابة لوجود القواعد الدستورية التي يتعين عليها التزامها عند مباشرة اختصاصاتها

و على ذلك تعد النصوص المستورية الأساس لكل قاعدة قانونية تليها في المرتبة، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز لأى من السلطتين التشريعية أو التنفيذية أن تجاوز عند ممارسة نشاطها الحدود التي رسمها الدستور، وإلا كان عملها مذالها لمبدأ المشروعية، وذلك على النحو التالى:

١ ـ خضوع السلطة التشريعية للنستور:

ينعقد الإجماع بين الفقهاء حول ضرورة خضوع السلطة التشريعية للدستور، ومن ثم يتعين مطابقة كافة أعمال هذه السلطة سواء كانت تشريعات أو أعمال برلمانية لأحكام النصوص الدستورية، وإلا تعرضت للحكم بعدم دستوريتها.

بيد أنه يجب ملاحظة أنه وققا للققه الدستورى المائد، فإن الدساتير تنقسم إلى دساتير جامدة وأخرى مرنة، وتتميز الأولى بأنها تتطلب إجراءات خاصة لإصدارها أو تعديلها أو الغاؤها، وهي إجراءات أشد من تلك التي تتطلبها القوانين المادية، بينما لا تتطلب الدساتير المرنة مثل هذه الإجراءات، وبالتالي يمكن للبرلمان أن يجرى بشأنها ما يراه ملائما من تعديل أو الغاء أو حذف أو إضافة وفقاً لفض الإجراءات وبذأت الشروط والأشكال التي يمن بها القوانين العادية ويلغيها أو يعدلها.

ويترتب على ذلك أن السلطة التشريعية تلتزم بأحكام المستور الجامد وفقا لمبدأ المشروعية في حين أنها تتخلص من هذا الالتزام في ظل الدستور المرن، فتستطيع مخالفة أحكام الدستور دون أن يكون ذلك مخالفا لمبدأ المشروعية.

ونحن لنن كنا نتفق مع مجمل هذا الرأى السائد فقها، إلا أننا نختلف معه في سند حق السلطة التشريعية في تعديل الدستور المرن، حيث يكتفي هذا الفقه بصمت المشرع الدستورى عن تنظيم مسالة تعديل الدستور بإجراءات خاصة لاعتباره مرنا وليس جامدا، ففى تقديرنا إن جمود الدستور، لا يتحقق فقط بالنص على الإجراءات الخاصة المشار إليها، وإنما قد رتحقق ولو لم ينص الدستور على تلك الإجراءات، وذلك إذا ما قرر الدستور أو نظم أسلوب الرقابة على دستورية القوانين التي يسنها البرلمان، بمعنى أن سمو الدستور يترتب إما نتيجة تقرير بعض الإجراءات الخاصة لإصدار وتعديل والغاء النصوص نتيجة تقرير بعض الإجراءات الخاصة لاصدار وتعديل والغاء النصوص الدستورية، أو بالنص صراحة على وجود الرقابة على الممتورية أو تنظيمها، بل ويكفى أن ينص الدستور على تولى الملطات العامة مباشرة اختصاصاتها على النحو المبين في الدمتور، أو على احترام نصوصه في اليمين الدمتورية ليكون جامدا باعتبار أن الأصل في الدمةير الجمود وليس المرونة (1).

ومن الملاحظ في المستور المصرى لعام 1971، أن المشرع الدستورى نص في المادة 1971 منه على إجراءات خاصمة مشددة لتعديل مادة أو أكثر من مواد هذا الدستور، وفي نفس الوقت نظم في المواد 198 : 197 كيفية الرقابة القضائية على دستورية القوائين واللوائح، كما نص على تولى الملطات العامة اختصاصاتها على النحو المبين في الدستور، وعلى احترام الدستور في القيم الدستورى لهذه الملطات، ويذلك يعد هذا الدستور من النسائير الجامدة وبالتالي تلتزم الملطئين التشريعية والتنفيذية باحترام أحكامه بحيث لا يجوز أن تصدر من أي منهما أعمالا تخالف نصوصه أو لا تنفق معها

⁽¹⁾ ومع ذلك فإن الاكتفاء بالنص على الرقابة على الدستورية أو تنظيمها هو فرض نظرى تماما، حيث لم يتحقق عملاً في أي من النسائير المصرية أو الفرنسية، علاوة على المتمال الشمكيك في مدى مشروعية الجمود في مثل هذا الدستور، أما يتصف به من جمود مطلق في هذه الحاقة، وإن كمّا نرى أنه ومكن حل هذه المشكلة بقرير إمكانية تعذيل الدستور بتباع ذات الإجراءات التي اتخذت الإقرار الدستور وذلك وفقا لقاعدة تقابل أو توازى الأشكل، واستثلا إلى هذه القاعدة يمكن القول بأن الأصل في الدسائير المجود حيث لا يجوز تعديلها إلا بنفس اجراءات إقرارها في حالة عجم وجود نصر راجح في تفاصيل هذا الموضوع مؤلفا: القانون الدستورية حداللهية الاستورية حداللهية الاستورية الدستورية الدستورية التانية معدم وحيد نصر.

أو مع الإجراءات المرسومة فيه لصدورها وإلا شليها عيب عدم الدستورية أو عدم المشر وعية.

٧ ـ خضوع السلطة التنفينية للستور:

يرى البعض أن خضوع المعلمة التنفيذية للدستور بتم فى الأصل بطريق غير مباشر، على أسلس أن هذا الخضوع للدستور إنما يتحقق من خلال التزام هذه المعلمة بتنفيذ القاقون، ومن ثم يكون العيب المباشر الذي يصيب أعمال الإدارة هو عيب عدم المشروعية وليس عيب عدم الدستورية، وذلك بمخالفتها للقانون الذي يقف دائماً بين القاعدة الدستورية والعمل الإدارى، حتى ولو مثل هذا العيب مخالفة للقاعدة الدستورية كذلك (1).

غير أتنا نعتقد أنه كما يصيب العمل الإدارى عيب عدم المشروعية،
بمعنى مخالفته للقانون أو للمبادئ العامة للقانون، فإنه يصيبه أيضا عيب عدم
الدستورية، بمعنى مخالفته لقواعد الدستور مباشرة، و هو العيب الأهم والأكثر
خطورة من العيب الأول الذى وإن كان يصيب غالباً محتوى ومضمون العمل
الإدارى، فإن عيب عدم الدستورية يصيب بالإضافة لذلك إجراءات وضع هذه
الإعمال، أو بمعنى أدى كيفية ممارسة الإدارة لاختصاصاتها الدستورية وفقا
للشروط والقيود الواردة فى الدستور والتى تحدد متى وكيف يمكن للإدارة
ممارستها وحدود تلك الممارسة.

ويبدو ذلك جليا بصند الأعمال اللاتحية للإدارة، حيث يصبح العيب المباشر الذي يصيب اللاتحة هو في الغالب الأعم عيب عدم الدستورية وليس عيب عدم المشروعية، يؤيد ذلك أن مخالفة اللوائح لقواعد القانون لا تظهر بصورة مباشرة سوى في نوع واحد من اللوائح وهو اللوائح التتفيذية، أما الاتواع الأخرى وهي الأكثر أهمية وخطورة، وهي اللوائح المستقلة واللوائح

⁽١) الدكتور السيد محمد اير اهيم: مقاته حول "دستورية القوانين وشرعية اللوانح" - مجلة العلوم الإدارية السنة ١٣ عدد ٣ ص ١٩٦١، ١٩١. المستشار طله أبو الخير : حرية الدفاع - الطبعة الأولى ١٩٧١ - ص ٧٧٨.

التى تصدر فى ظل الظروف الاستثنائية متمتعة بقوة القانون، والتى يطلق عليها لوائح الضرورة فالغالب أن يصيبها عيب عدم الدستورية نظراً لغياب القانون فى العلاقة بينها وبين الدستور فى معظم الأحوال، ومن ثم لا يلحقها عيب عدم المشروعية إلا فى حالة مخالفتها للمبادئ العامة للقانون.

ولا شك أن تجاوز السلطة التنفيذية للحدود الواردة في الدستور يعد اغتصابًا غير مشروع للسلطة التشريعية وهو ما يمثل أكبر الخطر على حقوق وحريات الأفراد، مما يعد انتهاكا جسيما لمبدأ المشروعية (١).

وتأسيسا على ما تقدم، فإن خضوع السلطة التنفيذية للاستور بكون إما خضوعاً مباشراً من غير حاجة إلى توسط القواعد القانونية و هو ما يتحقق بصند شروط وإجراءات ممارسة الملطة التنفيذية لمعظم اختصاصاتها، أو عندما ترد بعض النصوص الدستورية متضمنة لأحكام ومبادئ يمكن تنفيذها مباشرة دون حاجة لصدور قانون سابق بتنظيمها، وإما أن يكون خضوعا غير

(١) والواقع أن عيب عدم المشروعية يتضمن في نفس الوقت "عدم الدستورية" لأن عدم المشروعية كما يكون لمخالفة القوانين أو المبادئ العامة للقانون، فإنه أيضا يكون بمخالفة القواعد الدستورية أنظر الأستاذ الدكتور سعد عصفون مشكلة الضمانات والحريات العامة – المحاماة السنة ٥٦ عدد ٢، ٤ ص ١٥٥، حيث يقرر "أنه في الدول ذات الدساتير الجامدة يتسع مبدأ المشروعية لبشمل مبدأ الدستورية، فالإدارة إذ تصدر الاتحة بتعين عليها أن تأتزم أحكام القانون وإلا كانت غير مشروهة، وأن تلتزم أحكام الدستور وإلا كانت غير دستورية". وأنظر كذلك الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العابا غير المدونة في الدستور -- مجلة الحقوق السنة ٨ عدد ٣، ٤ ص ٥. ولذلك جرى الغقه والقضاء على قصر اصطلاح "عدم المشروعية" على أحوال مخالفة اللو انح للقو انبن دون القواعد الدستورية التي اختصها باصطلاح "عدم الدستورية" سواء بالنسبة للقوانين أو اللوائح. أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٧/٦/٢٩ القبضية ١٦١ لبسنة ٢٥، المجموعة ١ لمنة ٢ رقم ١٣٧ ص ١٣٣٥، وحكمها في ١٩٥٨/٧/١٢ القضية ٩٢٩ لمنة ٣ ق، المجموعة المنة ٣ رقم ١٧٣ ص ١٦٩١. وحكم المحكمة العليا في ١٩٧١/٧/٣ فضية ٤ لسنة ١ ق، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا لياقوت العشماوي وعبد الحميد عثمان ـ الجزء الأول في الدعاوي الستورية، ص ٧٦ – ١٠٩.

مباشر إذا تعلق الأمر بوظيفة الإدارة في تنفيذ القوانين حيث يشترط الدستور أن يتم التنفيذ بما ليس فيه تعديل أو تعطيل للقوانين أو إعفاء من تنفيذها.

البحث الثاني القواعد التشريمية

يقصد بالقواعد التشريعية القوانين التي تمنها الملطة التشريعية في الدولة، أي المجلس أو المجلس النبايية والتي يطلق عليها "البرلمان"، والذي يختص بوظيفة التشريع وفقاً لأجكام دماتير معظم الدول استندا إلى مبدأ الفصل بين المطلق، وهو المبدأ الذي تقوم الدول القانونية على أساسه، بهدف عدم تركيز المسلطة في يد واحدة، بحيث يتم توزيع الوظائف القانونية للدولة بين الهيئات الحاكمة التي تتعدد يقدر تعدد هذه الوظائف، ولذلك فمن المنطقى أن يختص البرلمان وهو الهيئة التي تضم ممثلي الشعب صاحب الميلاة في الدولة الديقر الطية، بمهمة مسن القوانين بهدف بيان وتحديد الأوضاع المياسية والإقتصادية والاجتماعية في الدولة.

وتأتى القوانين فى مرتبة ثالية للقواعد الدستورية من حيث تدرج القواعد القانونية وذلك نظراً لصدورها عن ممثلى الشعب ونوابه مما يحتم مموها عن غيرها من الأعمال القانونية الصادرة عن السلطات الأخرى. ولذلك تعد القوانين المصدر الثانى من مصادر التنظيم القانونى فى الدولة، ومن ثم تتزم كافة الهينات العامة فى الدولة بالإضافة إلى الأفراد بلحترام أحكامها ما لم نطع أو تعدل طبقاً للإجراءات المقررة.

وتطبيقا لذلك يتعين على الإدارة أن تباشر أعمالها وفقاً لما تقضى به القوانين حتى لا تتسم هذه الأعمال بعدم الشرعية أو المشروعية، ويحق بالتبالى للقضاء الإدارى أن يلغى العمل المخالف للقانون أو أن يعوض عن الأضرار الناجمة عنه. وعليه، يعد مبدأ المشروعية الأسلس القاتوني لخضوع الإدارة للقوانين باعتبارها المعلطة المختصة بتنفيذها والتي ألزمها الدستور بوضع القوانين موضع التنفيذ بغير تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها.

بيد أن خضوع الإدارة القانون لا يعنى خضوعها عضويا المسلطة التشريعية، إذ أن هذا الخضوع يقتصر على الجانب الوظيفي فحسب، بمعنى خضوع وظيفة التنفيذ لوظيفة التشريع، دون أن يؤدى ذلك إلى خضوع عمال وموظفي الإدارة خضوعاً رئامياً لأعضاء البرلمان، إذ ينطوى مبدأ الفصل بين السلطات على ضرورة الاستقلال العضوى لكل سلطة.

كما ينبغي ملاحظة أن خضوع الإدارة للقاتون لا يقتصر على نشاط الإدارة بصند تنفيذ القوانين، إذ يمتد هذا الخضوع لنشاط الإدارة المتطق بالضبط الإدارى وبالمرافق العماة، مع مراعاة أن خضوع الإدارة للقوانين في بالضبط الإدارى وبالمرافق العماة، مع مراعاة أن خضوع الإدارة القوانين في مثان هذا النشاط ليس خضوعا مطلقا لكافة القواعد القانونية بصرف النظر عن طبيعة العلاقة التي تعالجها هذه القواعد، إذ لا جدال أن الإدارة لا تلتزم عند ما الوظيفة (1). وعلى نلك بجوز للإدارة أن تستبعد كلية تطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى، على أساس أن هذه القوانين لا الخاص كالقانون المدنى والقانون التجارى، على أساس أن هذه القوانين لا مغايرة تماشى وطبيعة هذا النشاط، ما لم يكن فيها من القواعد القانونية ما يدخل هذا النشاط في نطاق تطبيقها. ومع ذلك ظيس هناك ما يمنع الإدارة من الاتجاء باختيارها إلى بعض قواعد القانون الخاص إذا قدرت أنها تتلاءم مع هدفها المراد تحقيقه.

ولما كانت القوانين تلى القواعد الدستورية من حيث المرتبة، فإنه يجب على السلطة التشريعية عندما تسن القوانين أن تقرها على مقتضى أحكام

الأستاذ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق ص ٢٠.
 الأستاذ الدكتور ماجد الجاو: المرجع السابق ص ١٩.

الدستور نصا وروحا، فإذا تجاوزت فيما تعنه من قوانين حدود المبادئ المتورية المقررة في الدولة، عد نلك انحرافا منها في أدائها لوظيفتها، واعتبر تشريعها المخالف للدستور قانونا غير دستورى، ويحق للقضاء في الدول التي تخول للقضاء حق مراقبة دستورية القوانين، كما هو الحال في مصر، أن يطن عدم دستورية هذا القانون، ونلك وفقا للتنظيم المقرر لذلك، كما تبطل بالتالي كافة القرارات الإدارية المستندة إليه.

العدود النستورية للسلطة التشريعية: ...

ينص الدستور المصرى في المادة ٨٦ من دستور ١٩٧١ (٢) على أن "يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ... وذلك على الوجه المبين في الدستور"، ومن ثم فإن مجلس الشعب وهو السلطة التشريعية في مصر حاليا، يتولى الوظيفة التشريعية وحده كأصل عام، حيث لم يرد في أي نص من نصوص الدستور ما ينقل هذة السلطة إلى غير مجلس الشعب.

والقاعدة أن لمجلس الشعب أن يتناول بالتنظيم كافة المصائل التى يرى ضرورة التدخل لتنظيمها، فيقرر ما يشاء من التنظيم الملائمة دون قيود، وفى الوقت الذى يراه مناسبا لهذا التدخل، غير أنه يلاحظ أن للمشرع الصنورى أن يقيد اختصاص مجلس الشعب بوظيفة التشريع ببعض القيود ومثال ذلك ما نص عليه دستور 1971 من قيود على النحو التالى:

أولاً: حظر المستور تنظيم بعض الموضوعات هي: إنشاه الرتب المدنية، المصادرة العامة للأموال، وإبعاد المواطنين عن البلاد أو منعهم من العودة اليها، تمليم اللاجئين المياسيين، تحصين الأعمال والقرارات الإدارية من، وأباة القضاء، وعذل القضاة

⁽¹⁾ تنص المادة ٣٣ من الإعلان الدمنوري الصادر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣٠ على أن "يتولى مجلس الشعب فور انتخاب سلطة التشريع"، أما مجلس الشوري فليس له وفقاً المادة ٣٧ من هذا الإعلان أية سلطة أو اختصاص تشريعي، إذ تتحصر اختصاصاته في الدراسة والافتراح وإيداء الرأي لرئيس الجمهورية ومجلس الشعب.

ثانياً: فرض هذا الديتور بعض القواعد الموضوعية على المشرع لدى تنظيمه لبعض الموضوعات، ومن أمثلة هذه القدد.

- اد تغرض المادة ۱۳ على المشرع عند تنظيم موضوع فرض العمل جبرا على المواطنين، أن يكون ذلك الأداء خدمة عامة وبمقابل عادل.
- ٢- تقيد المادة ٣٤ سلطة نزع الملكية الخاصة بأن يكون للمنفعة العامة ومقابل تعويض.
- تحدد المادة ٣٥ ملطة التأميم بأن يكون لاعتبارات الصالح العام ومقابل
 تعويض.

ثانشا؛ أوجب دستور ١٩٧١ تدخل مجلس الشعب على نحو الزامى لتنظيم بعض الموضوعات، فالأصل أن المشرع حرية اختيار الوقت الملائم للتنخل في تنظيم الموضوعات والمسائل التي ينبغى التدخل بشأتها، حتى ولو كانت هذه الموضوعات مما تدخل في النطاق المحتجز له، لأن احتجاز بعض الموضوعات القانون لا يتطلب بالمضرورة تدخل البرلمان بتنظيمها، غير أننا نعقد بوجود بعض الموضوعات التي لا يكون المشرع حرية التدخل بشأنها أو عمل التدخل وهي موضوعات التي لا يكن المستور باحتجازها للقانون، وإنما تطلب علاوة على ذلك أن يتدخل القانون "الكفائتها" أو "لضمائها" ومثال ذلك ما ورد في المادة 11 من الدستور التي تنص على أن "حق الدفاع أصمالة أو بالوكالة مكفول. ويكفل القانون لغير القادرين مائياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم"، ففي تقديرنا أن هذا النص يفرض على المشرع التدخل والدفاع عن حقوقهم"، ففي تقديرنا أن هذا النص يفرض على المشرع التدخل والدفاع عن المشرع التدخل وعدم التدخل بشائه (١).

ومن ناحية أخرى، فإن حرص المشرع الدستورى على كفالة "القانون" لحق من الحقوق أو حرية من الحريات، يعنى أيضاً ضرورة كفالة ما يشير إليه

 ⁽١) للعزيد من التفاصيل راجع رسائتنا للدكتوراه سالفة الذكر ــ ص ١٢٢ ـ ١٢٣٠ وكذا
 "اللوائح الإدارية" سالف الذكر ــ ص ١٢٥ وما بعدها.

الدستور من صماتات وأسس وقواعد نتصل بكفالة هذا الحق أو تلك الحرية. فمثلا إذ تنص المادة ٥٦ من الدستور على أن "إنشاء النقابات والاتحادات على أماس ديمقر اطى حق يكفله القانون ..."، فإن الملطة التشريعية تكون – وفقا لهذا النص – ملزمة بالمتدخل لكفالة حق إنشاء النقابات والاتحادات، وبشرط أن تستهدف من تدخلها تحقيق الأسلم الديمقر اطى المشار إليه في هذه المادة، وهو ما يعنى أن الانتخاب هو الوسيلة الوحيدة لتكوين التشكيلات النقابية ضمائا لمبدأ الديمقر اطرة النقابية ضمائا لمبدأ الديمقر اطرة النقابية الذي كفله المشرع الدستورى لأول مرة في مصر في نص المادة ٥٦ من دستور 1941.

ولذلك كان منطقياً أن تحكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم
دستورية القانون رقم ١٢٥ لصنة ١٩٨١ ببعض الأحكام الخاصة بنقابة
المحامين تأسيما على أن "المشرع الدستورى إذ نص في المادة ٥٦ من
الدستور على أن إنشاء النقابات والاتحادات على أساس بيمقراطى حق يكفله
القانون، إنما عنى بهذا الأساس توكيد مبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديمقراطي
الذي يقضى من بين ما يقضى به - أن يكون لأعضاء النقابة الحق في أن
يختاروا بأنفسهم وفي حرية، قياداتهم النقابية التي تعبر عن إرادتهم وتنوب
عنم، الأمر الذي بستتبع عدم جواز إهدار هذا الحق بحظره أو تعطيله ... ومن
ثم تكون هذه المادة قد وضعت قيدا يتعين على المشرع العادي أن يلتزم به
مؤداه ألا يتعارض ما يصنه من نصوص تشريعية في شأن النقابات مع مبدأ
الحرية النقابية بمفهومها الدومر اطى الذي سلف بياته" (١).

⁽١) المحكمة النمستورية العليا في ١٩٨٣/١/١١ قضية رقم ٤٧ لمنة ٣ ق نمستورية، المحاماة المنة ١٣ -- ١٩٣١ -- العندان ٥ و ٦ (العند الوثائقي) ص ١٧٩، وراجع أيضاً في ذات المند ص ٢٧٣ حكم محكمة التضاء الإداري في ١٩٨٣/٧/٥ قضية رقم ٢٩٤٩ لمنة ٣٥ق حيث استندت فيه لحكم المحكمة النمستورية العليا المشار إليه لإثبات ما تراءي لها من حدم نمستورية القانون رقم ١٧ لمنة ١٩٨٣ بإصدار قانون المحاماة.

وعليه فإنه إذا كانت ملطة التشريع هي في الأصل سلطة تقديرية (١)، إلا أنها تخضع لما يورده الدمتور من قيود محددة على نحو ما بيناه.

ومن هنا تظهر مدى الحاجة إلى تنظيم الرقابة على دستورية القوانين، إذ لا شك أن الرقابة على دستورية القوانين تنطوى على ضمان فعال لمبدأ المشروعية، علاوة على أنها تؤكد تدرج القواعد القانونية في الدولة، بالمحافظة على تقيد التشريع الأدنى بالأعلى منه في المرتبة القانونية.

ومن الثابت أنه بلزم فرض الرقابة على السلطة التشريعية فيما تسنه من قوانين لمراقبة مدى اتفاق أو تعارض هذه القوانين مع الحدود الدستورية المقررة، ومع ذلك - فنى تقديرنا - واتفاقا مع المكتور عبد الرزاق المنفهرى - أنه ينبغى علاوة على ما تقدم، فرض الرقابة على القوانين ليس بصدد مدى مخالفتها لنصوص الدستور فحسب، بل وبشأن الهدف المبتغى من القتون، إذ يعين أن يمتهدف التشريع المصلحة العامة وإلا كان باطلا، فإذا ما حادت المسلطة التشريعية عن المصلحة العامة والاكان باطلا، فإذا ما حادت استهدفت القضاء على معارضة أحزاب الأقلية في المجلس أو الحد من فعاليتها، أن قصدت من وراء تشريعها تحقيق رغبات السلطة التتفينية أو لحزب الأعليية أن المبرلمان بعيدة عن المحالج العام، فإن التستر وراء مبدأ المشروعية أو سيادة في البرلمان بعيدة عن المحالج العام، فإن التستر وراء مبدأ المشروعية أو سيادة روح الدستور، مثلها في ذلك مثل الملطة التنفيذية التي يمكن للقضاء الإدارى الغاء قراراتها في حالة إساءة استعمال الملطة أو الانحراف بها، وكذلك الأفراد في حالة تسفهم في استخدام الحق أو الغلو فيه (*).

المحكمة الطيافى ۱۹۷۲/۲/۱ دعوى رقم ٤ لمنة ٢ق عليا دستورية، المجموعة –
 القسم الأول – ص ١٠٥.

⁽Y) أثار موضّرع اتحراف الملطة التشريعية بعض الجدل في مصر، ففي مقال للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري حول مخالفة التشريع للمستور والإتحراف في استعمال المنظمة التشريعية بمجلة مجلس الدولة المعنة ٢ ص ٧، قرر أن التشريع يجب أن يستهدف المصلحة العامة وإلا كان باطلا. وقد نقش بعض القفهاء في مصر هذا الرأى ولم ينكر أحد منهم إمكانية انحراف السلطة التشريعية.

بيد أن موقف القضاء الدمتورى في مصر، اختلف بين المحكمة العليا والمحكمة المحكمة المحكمة المحكمة المحكمة المحكمة المحكمة الدينة حيث قضت المحكمة العليا منذ نشأتها بأنه "لا تمتد و لاية المحكمة إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التى حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقيير ها المطلق" (1) وفي تقدير المحكمة أنه "إذا كانت الرقابة القضائية على دمنورية التشريع لا تمتد إلى ملاءمة إصداره، باعتبار أن ملاءمة التشريع هي أخص مظاهر المعلطة التقديرية للشارع، إلا أن ذلك لا يعنى إطلاق هذه المعلطة في سن القوانين دون تقييد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدمنور والتي يتعين التزامها وإلا كان التشريع مخالفا للمستور " (1).

والواقع أننا نرى أن عدم التزام المسلطة التشريعية بتحقيق المصلحة العامة من القوانين التى تقولى سنها، يؤدى إلى فقدان عمل هذه السلطة صفة القانون أو طبيعة التشريع، ومن ثم فهو خروج عن وظيفتها المقررة دستوريا في المادة ٨١ من الدستور، والتى ينص على أن يتولى مجلس الشعب – وهو السلطة التشريعية في مصر – سلطة التشريع، وبالتالى يعد عمل أو تصرف هذه السلطة غير دستورى بل ومنعدما لخروجه عن الوظيفة التشريعية.

وآية ذلك أن القانون بإجماع الفقه والقضاء بل وغير المتخصصين، يتميز بخصيصتين أساسيتين هما: العمومية والتجريد. وإذ تعنى العمومية أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا معينا بالذات أو حالة محددة بعينها، فإن التجريد هو الذي يضفى على القاعدة القانونية صفة العموم، إذ أنه يعنى أن

 ⁽١) المحكمة العليا في ١٩٧٧/٤/١ دعوى رقم ١١ لسنة ١ ق عليا دستورية، وحكمها في ١٩٧٥/٦/٧ دعوى رقم ٢ لسنة ٣ق عليا دستورية – المجموعة – القسم الأول – ص ١٤٠٤

⁽٢) المحكمة العليا في ١٩٧٦/٧/٣ دعوى رقم ٥ لمنة ٥ق عليا نميتورية، المجموعة – القسم الأول – ص ١٤٤. وعلى خلاف ذلك راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١١٤/٤/١ وقضية ١٩٦٨ لمنة ٥ق، مجموعة المليات العشر الأولى – ص ١٤٤٤ وفي المجموعة المسئة ٩ العدد الثلثي رقم ٨٠ ص ٩٠٠.

القاعدة القانونية لم توضع لنطبق على شخص معين أو على واقعة محددة، وإنما وضعت بطريقة مجردة عن الاعتداد بأى شخص أو بأى واقعة.

وجدير بالتنويه أن الهدف من القول بأن قواعد القانون ينبغي أن تكون عامة مجردة، هو تحقيق المساواة بين الناس أمام القانون، ومنع التحيز لمصلحة شخص معين، فلئن بدت فكرة العمومية والتجريد فكرة فنية مرتبطة بصياغة القاعدة القانونية، إلا أنها تعتمد على فكرة فلسفية سياسية مصيفة هي فكرة المسلواة أمام القانون، وكذلك مبدأ سيادة القانون (١٠).

وعليه فإنه إذا استهدف القانون تحقيق مصالح خاصة، فإنه يفقد صفقه كقواعد عامة مجردة، وبالتالى لا يجوز إطلاق صفة التشريع أو القانون على مثل هذا التصرف، الذي يعد في هذه الحالة غير دستورى لمخالفته نص المادة ٨٦ سالفة الإشارة

أما عن موقف المحكمة الدمتورية العلياء فإنها ترددت في إقرار حقها في بحث عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، استداداً على أن الطعن بعيب الانحراف هو طريق طعن احتياطي في القانون، نظراً لما ينطوي عليه بمن دقة وخطورة ونظرة فلحصة منققة لإزالة الأستار والحجب التي تخفي نوايا الشارع ومقاصده التي يمعي إلى تحقيقها، والتفتيش وراء ظاهر النصوص المبحث والتقيب عن الأغراض والبواعث الحقيقية التي حملت الهيئة التشريعية على إقرار التشريع المعيب، ولذلك رأت المحكمة أن من الملائم بحث مدى بمنورية القانون، فقد يغني إثبات مخالفة هذا القانون للدستور لوجه أو أكثر على هذا القانون، فقد يغني إثبات مخالفة هذا القانون للدستور لوجه أو أكثر منها عن التحريف في استعمال المعلطة التشريعية بصدد هذا القانون، كما أن المحكمة العليا لم ترفض مبدأ الاحتجاج بعيب الانحراف في استعمال العلطة بعيب الانحراف في استعمال العلطة بعيب الانحراف كوجه من الأوجه التي تعيب القانون من الناحية

⁽١) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق - ٣٩.

الدستورية، وإنما قامت بمناقشة الأمانيد التي يرتكن إليها الطاعن لإثبات هذا الميب، وإن انتهث إلى رفض الاحتجاج به لانتفاء الدليل على أن "القاتون المعون فيه لم يستهدف الصالح العام وإنما صدر بقصد الانتقام والكيد ... (').

غير أن المحكمة المستورية الطيا ذهبت أخيراً، بشأن القاتون رقم ١٧ لسنة ١٩٥١ بتنظيم مبشرة لسنة ١٩٥١ بتنظيم مبشرة الحقوق السياسية والمعروف باسم قاتون العزل السياسي، وبعد أن استعرضت مخالفة هذا القاتون لنحو تسعة مبادئ ونصوص بمستورية من حيث المحل، إلا أنها قضت في النهاية بائه " ولنن كانت كل مخالفة بستورية اعتورت ذلك المنس على نحو ماتقدم، تكفى بذاتها لإبطاله، إلا أن اجتماع تلك المثالب الستورية، مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي – على ما كشفت عنه مضابط مجلس الشعب ذات الصلة – واتجاه المجلس في غالبيته لتجاهلها، وإقراره لمشروع القاتون، ما يجافي – عن قصد – الأغراض التي كان بجب أن يتوخاها التشريعي وهو الأمر الذي يفقده عموميته وتجريده، ويوصمه – بالتالي – بعيب الإنحراف التشريعي ('').

وعلى ذلك، فإن المعلطة التشريعية عند ممارستها لعلطة التشريع، ليست – في تقديرنا – حرة في تحديد أهدافها، أو المبادئ التي ترغب في تحقيقها، إذ أنها كملطة عامة تلتزم بتحقيق المصلحة العامة وليس لها إلا ذلك. فنشاط المعلطة العامة – على خلاف النشاط القردي – هو نشاط عام يندرج ضمن موضوعات القانون العام، ومن ثم يجب أن تحركه المصلحة العامة، إذ أن ما تتمتع به هذه المعلمات من امتيازات ليس لها من غرض إلا تمكين السلطة العامة من تحقيق الصالح العام.

المحكمة الطيا في ١٩٧٥/٦/٧ دعوى رقم ٢ لسنة ٣ ق دستورية – المجموعة – القسم الأول – رقم ٢٩ – ص ٢١٤.

⁽٢) حكمها في ٤ ٢٠١٢/٦/١ في القضية ٥٧ أسنة ٣٤ ق. دستورية.

ولذلك فمن الضرورى وضع قيود لضمان عدم إساءة استعمال الملطة أو الانحراف بها، فالملطة في حد ذاتها خطرة على من هي في أيديهم، مما يجعل من الضمانات التي تحول دون إساءة استعمالها أمرا لا غنى عنه.

وتأسيسا على منا تقدم أخضعت المحكمية الدستورية العليبا السلطة التشريعية للرقابة على بستورية ما تصدره من قوانين، استناداً إلى مبدأ المشروعية وما يترتب عليه من ضرورة التزام القواعد القانونية الأدني باحترام القواعد القانونية الأعلى؛ مهما بلغت سلطتها التقديرية من مدى واسع، قليس ثمة جدال أو شك في أن المناطة التقديرية هي سلطة قاتونية، وليست سلطة مطلقة أو تعسفية، فهي ولئن كاتت تخول المشرع حق الاختيار بين بديلين أو أكثر ، إلا أنها مقيدة في هذا الاختيار بأن تلجأ إلى البديل الأكثر ملاءمة، ليكون اختيار ها متفقاً مع الدمتور ، ومن هنا فهي تخضع الرقابة القضائية للتحقق من أن مناشر ق هذه السلطة قد أميغر ت عن اتضاذ العمل المناسب و الملائم و فقاً للغلروف المحيطة بموضوع هذا العمل. والحقيقة التي يتعين أن نعيها، خلافاً للفقه السائد، أن تخلي المشرع الدستوري عن تقييد السلطة التشريعية بصند موضوع ما، لا يغيد حتماً تمتعها بسلطة تقديرية مطلقة بشأن تنظيمه، فالنستور وطابعه الإجمال في الصياغة لا يمكن له أن يضع المشرع القيود اللازمة بصند كافة الموضوعات التي تدخل في نطاق التشريع، وهي غير محددة على سبيل التَمِسر، ومَن ثم فإن هذا التخلي عن التقييد لا يكون دوماً على سبيل العمد، بهدف منح المشرع حرية التقدير، وإنما قد يكون بسبب العجز عن وضع القيود الخاصبة يتنظيم الموضوع

وعلى ذلك فإن تخلى المشرع الدستورى عن تقييد السلطة التشريعية لا يستتبع حتماً تخلى القضاء الدستورى عن معارسة وظيفته في الرقابة على القانون الذي باشرت من خلاله الملطة التشريعية حرية تقدير ملاءمته، إذ يظل للقضاء الحق في التحرى عما إذا كان المشرع قد قام بتقدير منامسة العمل وملاءمته، وفقاً لأسس موضوعية أم لا، فإذا تبين له عدم الملاءمة الظاهرة في

هذا القانون، جاز له أن يعتد بهذه القرينة باعتبارها دليلاً على وقوع الانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها، والقاضى هنا لا يحكم بعدم دستورية القانون لعدم ملاءمته، فهو لا يملك ذلك، ولكنه يملك الحكم بعدم الدستورية للانحراف بالسلطة إذا توافر الدليل عليه، ومن ذلك قرينة عدم الملاءمة الظاهرة، التى يحق لمه فحصها إذا كانت الطريق الوحيد للتوصل إلى عيب الانحراف التشريعي (').

ومن أهم هذه الحدود والضوابط الدستورية التي استقر عليها القضاء الدستوري ما يلي:

- ۱- ألا يكون التنظيم التشريعي للحق مؤديا إلى مصادرته أو منطويا على اغتيال وجوده والنيل منه والعصف به بنقضه وإهداره، أو بالانتقاص منه، أو عن طريق تقليص فعاليته بما يحد منه (٢).
- ٢- ألا تؤول المعلطة التقديرية إلى التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يتمين أن يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا، وإلا أصبحت معلطة تحكمية وبالمخالفة لمبدأ المساواة (⁷⁾.
- ٣- لا يجوز للمشرع في إطار المفاضلة بين البدائل المختلفة، وهي جوهر السلطة التقديرية، والتي تتزاحم فيما بينها، في تقديره، على تنظيم موضوع محدد، أن يختار من بينها إلا ما يكون منها عنده مناسبا أكثر من غيره

(١) راجع أحكام المحكمة الدستورية العليا في ١٩٧٧/٢/١ قضية ٧ أسنة ١٦ق. دستورية، ٥ (١٩ مرتب ١٩٥٨/٣/٧) قضية ١٩١١ أسنة ١٦٨، دسته ربة

(٣) أحكام آ/٢/٦/١٥ قضية ٣٤ لسنة ١٣ ق. تستورية، و ١٩٩٤/١/٢٠ قضية ٢٣ لسنة ١٣ ق. دستورية، و ١٩٩٤/١/٢٠ قضية ١٩٠ ق. دستورية، و ١٩٩٥/٩/١٠ قسضية ١٤ لسنة ١٧ ق. دستورية، و ١٩٠٠/١/٢٠ قضية ١٠٠ لسنة ٢٤ ق. دستورية (قضية حل مجلس الشعب).

⁽۲) أحكام ۱۹۹۳/۰/۱۵ قضية ۱۸ اسنة ۱۳ ق. تستورية، و۱۹۹۳/۰/۱۸ قضية ۱۹۹۳/۰/۱۸ و ۱۹۳/۰/۱۸ و ۱۳/۰/۱۸ و ۱۹۳/۰/۱۸ و ۱۳/۰/۱۸ و ۱

لتحقيق الأغراض التى يتوخاها، وأكفلها الوفاه بأكثر المصالح وزنا أو ثقلاً في مجال إنفاذها (1)، ويحسب هذا القضاء يلزم أن يكون التنظيم التشريعي مرتبطا منطقيا بهذه الأغراض ليكون موافقاً للستور، كما يتعين اختيار أكثر البدائل ملاءمة الوفاء بمتطلباتها وأنسبها لمصلحة الجماعة وبما لا يذاقض الصالح العلم

- الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم المشرع أغراضا ينتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم التشريعي، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق هذه الأغراض المشروعة التي حددتها مرتبطة عقلا بها (⁷⁾، ومقتضى هذا القضاء أنه يلزم أن تتوافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد، وفاة بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقا لبلوغها، فلا تنفسل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع عن أهدافها، بل يجب أن تعد مدخلا إليها.
- ان إقرار السلطة التشريعية النصوص القانونية لا يعصمها من الخضوع للرقابة على يستوريتها، وهي رقابة غليتها إبطال ما يكون منها مخالفاً للاستور، ولو كان ذلك من زاوية الحقوق التي أهدرتها ضمنا، مبواء كان إخلالها بها مقصودا ايتداء، أم كان قد وقع عرضا، وفي ذلك تؤكد المحكمة على أن "الدستور لا يدعو بالنصوص التي يتضمنها، لأمر يكون مندوبا، بل يقرر بها ما يكون لازما، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو إرجائها، بل يتقيد بها بالضرورة فلا يتخطاها أو يميل انحرافا عنها، كذلك فإن القيود التي يفرضها الدستور على المشرع، هي التي تحدد نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق، فلا تكون السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق، فلا تكون السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق، فلا تكون

⁽١) أحكام ١٩٩٧/٧/٥ قضية ٢٤ أسنة ١٨ق. دستورية، و١٩٨/٦/٦ سالف الإشارة.

^{(ً}Y) أحكام ١٩٩٥/١/١٤ قضية ١٦ لمنة ١٧ق يستورية. و٥/٨/٥٠ قضية ٨ لمنة ١٦ق. يمتورية. و٤/٥/١٩٩ قضية ٢ أمنة ١٧ق. يستورية.

ممارستها انفلاتاً من كوابحها أو إخلالاً بضوابط تنظيمها، فمن غير المتصور أن يكون التقيد بنصوص الدستور عائداً لمحض تقدير المشرع، ومحدداً على ضوء المصالح التي يستنسبها" (1).

٦- الإلتزام عند مباشرة السلطة التقديرية للمشرع بمبادئ التناسب والمعقولية واللزوم، ويضرورة إنتهاج الوسائل القانونية السليمة كقيد موضوعى وإجرائى على سلطة التشريع، وباعتباره كذلك من المبادئ المستقرة بين الدول، وبالتالى يعد غير دستورى التشريع الذي يناقض هذا الشرط.

وتعتبر هذه الميادئ أهم وأخطر القبود التي يغرضها القضاء الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، ومعظمها لم ير ديشأنها نص صريح في مواد الدستور، فمن الواضح في عشرات الأحكام القضائية للمحكمة الدستوربة العلبا أنها تضفى على مبادئ التناسب والمعقولية أو المنطقية أو القبول الاجتماعي ... كما ورد في بعض أحكامها – و ذلك بصيد العلاقة بين الوسائل التي بختار ها المشرع و الأغر اض التي بتو خاها من التشريع و التي تهدف في النهاية إلى تحقيق الصالح العام، قيمة دستورية مازمة، بما مؤداه أن الخروج عليها، وكذلك مبدأ اللزوم - أي ضرورة الإجراءات التي يتضمنها التنظيم، سيما تجاه الحقوق و الحريات العامة، للوفاء بهذه الأغراض و هدف المصلحة العامة ــ يؤدي إلى وقوع مخالفة الإنجر اف بالسلطة التشريعية، أو ببالأجرى الإنجر اف بالسلطة التقديرية للمشرع، مما يحول هذه المبادئ إلى قرائن لاثبات هذا العيب، على حين أنها تعد أصلاً من المبادئ القانونية العامة المازمة التي تؤدي مخالفتها إلى عدم دستورية التشريع من حيث محله أو مضمونه وليس من حيث هدفه أو غايته، و لا ريب لدينا في أن هذا التأصيل الذي نر اه، بتو افق مع قضاء المحكمة ذاتها بأنها لا يجوز لها أن "تزن بمعايير ها الذاتية السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين، و لا أن تناقشها، أو تخوض في ملاءمة تطبيقها عملاً، و لا

 ⁽۱) حكم ۱۹۹۷/۸/۲ قضية ۱۱۱ لمنة ۱۸ نستورية، وحكم ۱۹۹۰/۱۲/۲ قضية ۳۳ لسنة ۱۰ق. نستورية.

أن تتحل للنص المطعون فيه أهدافا غير التي رمي المشرع إلى باوغها، ولا أن تقدم خياراتها محل عمل المنطة التشريعية، أو أن تحدد ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازما، وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائما، وليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها إلى أحكام المستور، لا أن تخوض في بواعثها أو تنقش دوافعها (١٠).

البحث الثالث القواعد اللائمية

القواعد اللانحية أو اللوائح هي قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة مجردة وغير شخصية، وتختص الملطة التنفيذية بإصدار هذه اللوائح استندا إلى الدستور، حيث أن السلطة اللانحية هي سلطة استثنائية في ميدان التشريع يازم لكي تكون مشروعة أن تستند إلى أساس دستوري.

وتتميز اللوائح بصدورها عن سلطة إدارية، باعتبارها ممارسة لمسلطة عامة، ويعتبر هذا العنصر المعيار المعول عليه فى التمييز بين القاتون الذى يختص البرلمان باقراره واللائحة التى تختص المسلطة التنفيذية بوضعها.

ومن ناحية أخرى تتصف القواعد اللاتحية بالمعومية والتجريد مما يميزها عن القرارات الإدارية الفردية الصادرة من الإدارة مثلها في ذلك مثل اللائحة. كما تتمتع اللائحة بقوة الإلزام باعتبارها عملاً قانونياً يعبر عن إرادة الإدارة في إحداث أثر قانوني أو تعديل في المراكز القانونية، مما يؤدي إلى خروج كلفة الأعمال المادية من دائرة اللوائح حتى وإن كانت جزة من عملية

⁽¹⁾ حكم ١٩٩٥/٩/ قضية ١٤ أسنة ١٧ق. دمتورية، و١٩٩٠/٢٧ قضية ٩ أسنة ١٨ق. دمتورية، و١٩٩٠/٢٧ قضية ٩ أسنة ١٨ق. دمتورية، و١٩٥٠/١٠ قضية ١٦ أسنة ١٥ق. دمتورية، وعموماً فمن المستقر عليه في القضاء الامستوري – وحذلك الإداري – أن عدم التغلب الظاهر أو التعادل الظاهر كما تقول المحكمة، أو عدم الملايمة، أو عدم الملايمة الظاهرة والتي يطلق عليها في فرندا اصطلاح "الخطأ الظاهر في التقدير"، وكذلك إبتعدام الدافع المعقول، يؤدي إلى عدم دستورية النص المشوب بهذه الصفة – راجح حكمها في ١٩٩٧/٩/١٥ فضية ١٩٩٧/٩/١٨ قضية ١٨ قد دستورية، و١٩٧٨/١٠٠ قضية ٢٥ أسنة ١٠ق دستورية.

إدارية، كذا التصرفات التى ليست لها آثار قاتونية والتى يقصد بها إعلان وجهة نظر الإدارة في صدورة آراء أو إدعاءات أو مزايدا أو مقاصد أو رغبات وتوجيهات، ومثال ذلك الإجراءات والتدابير التنظيمية الداخلية كالمنشورات والتعليمات المصلحية التى توجهها الملطات الرناسية في الإدارات والمصالح إلى مرؤوسيهم، فلا تدخل هذه الأعمال ضمن اللوائح باعتبارها لا تحقق أشرا قانونيا بذاتها.

وتعد اللوائح عنصراً من عناصر المشروعية، باعتبارها أحد مصادر القانونية في نظامنا القانوني، وفقاً للدستور الذي يعترف بحق السلطة التنفيذية بإصدارها في حالات متعددة، وبالتالي فإنها تكون واجبة التطبيق ما دامت مشروعة، أي لم تخالف مبدأ المشروعية في أي من النتائج المترتبة عليه وخاصة إذا حاولت السلطة المختصة بإصدار اللوائح تجاوز الحدود والقبود المغروضة عليها في ممارستها لتلك السلطة طبقاً للدستور.

ومن هنا تمثل اللوائح من ناحية، أحد عناصر المشروعية مما يوجب ادراجها في التنظيم القانوني للدولة وتطبيقها فيها، كما تمثل من ناحية أخرى، سلطة إدارية تخضع لمبدأ المشروعية وحدوده وقيوده، وخاصة ما يترتب على تدرج القواعد القانونية من نتائج، وإلا تعرضت للرقابة الفعالة على مشروعيتها لضمان عدم تجاوزها للحدود التي يغرضها الدستور أو القانون عليها، سواء صدرت هذه اللوائح في الظروف العادية أم في الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول . الرتبة الإنزامية للوائح في الظروف العادية

تعتبر اللوائح من أهم وسائل الإدارة اللازمة لمباشرة أوجه نشاطها المختلفة, وتعد اللائحة عملاً إدارياً طبقاً للمعيار العضوى المأخوذ به فقها وقضاء، في حين أنها من وجهة النظر الموضوعية، تعد عملاً تشريعياً حيث أن طبيعة القواعد القانونية التي تتضمنها هي قواعد عامة مجردة شأنها في ذلك

شأن القوانين ومن ثم فهى تعد أحد عناصر البناء القاتوني في الدولـة، وبالتـالى تحتم اعتبار ها أحد عناصر المشروعية.

وبالرغم من اتفاق اللائحة موضوعيا مع القانون، فإنها لا تتساوى معه من حيث القوة الإلزامية، إذ أن القانون يعتبر أقوى من اللائحة، لأنه يضع فواعد تمرى على المملطات الإدارية ذاتها، وبالتالي يحكم حقها في عمل اللوائح، وهو ما يتحقق على الأخص بالنسبة للوائح التي تصدر في ظل الظروف العادية.

ولذلك تأتى اللواتح في سلم التدرج التشريعي بعد القانون، ومن ثم فإن فواعد الدمتور والقانون تعلو جميعها ما يرد في اللوائح من قواعد، وبالتألى يتحتم على اللائحة تطبيعًا لمبدأ المشروعية أن تحترم هذه القواعد القانونية بأن تعمل في دائرتها دون أن تخالفها، وذلك من حيث إجراءات وضعها ومن حيث مضمونها، فإذا تجاوزت اللائحة هذه العدود المرسومة لها انقليت إلى عمل غير مشروع لخروجه على مبدأ المشروعية، وبالتألى تصبح محلا للطعن فيها أمام الجهة المختصة لتصحيح الوضع الخاطئ وحماية المشروعية، وهي السلطة القضائية، وذلك ما لم تنتبه الإدارة الذلك وتقدم على تصحيح خطفها من تلقاء نفسها حرصاً منها على مبدأ المشروعية، بغرض أن الإدارة في هذه الحالة حسنة النية يهمها سلامة تصرفاتها وانسجامها مع الوضع القانوني في الدولة تعديلها حميد المشروعية، ولهنا فيتها أن الماء اللائحة أو سحبها أو تتعديلها حسب الظروف، بقصد تصحيح الوضع الخاطئ الناجم عن صدور الملاحة غير المشروعة.

ويلاحظ أنه بالرغم من أن اللوائح من عمل الإدارة، وأنها تستطيع الغاء اللائحة أو سحبها أو تعديلها، إلا أنها ملزمة بالخضوع لأحكامها طالما استمرت قائمة مطبقة، وكذلك كل جهة يمنحها القانون اختصاصا في شأن تنفيذها حتى لو كانت تلك الجهات أعلى فى الدرجة من التى أصدرت اللائحة ^(١). ومن ثم فليس للإدارة أن تصدر قرارات فردية مخالفة لتلك اللوائح وإلا كانت غير مشروعة.

ويكتسب القرار اللائحى قوته الملزمة بمجرد صدوره بتوقيعه ومن ثم
نفاذه بعد العلم به، ولذلك فإن هذه القوة الملزمة للائحة لا تسرى في حق الغير
إلا نتيجة لنشر كاف لها يجعلها معلومة للجموع وبالتالى يبدأ سرياتها في حقهم،
ذلك لأن اللائحة بمجرد توافر شروط نفاذها بتوافر جميع عناصرها، وذلك إذا
صدرت ممن يملك الحق في إصدارها وفي الشكل الذي يتطلبه القانون لتحقيق
أثر قانوني مشروع وجائز قانونا، وبهدف تحقيق المصلحة العامة، فإنها بذلك
تسرى في حق الإدارة ذاتها (٢) ولكنها لا تكون نافذة تجاه الغير إلا بعد إشهارها
ووصول العلم بها إليهم.

وإذا كان الأصل أن تاريخ نفاذ اللوائح مرتبط كقاعدة عامة بتاريخ صدورها، فإن الإدارة في بعض الحالات قد ترى - لأمر ما - أن تفصل بين هذين التاريخين، بإرجاع أثار اللائحة إلى تاريخ سابق على تاريخ صدورها (وهو ما يسمى برجعية اللائحة) أو على العكس بإرجاء أثارها إلى تاريخ لاحق لتاريخ صدورها (وهو ما يسمى بإرجاء أثار اللائحة للمستقبل)، وذلك في الحدود المقررة قانونا لذلك ().

 ⁽١) حكم المحكمة الإدارية الطيافي ١٩٥٥/١١/٥ قضية ١٩٥ لسمنة ١٥، المجموعة ١ لسنة ١ ص ١١ رقم ٧.

 ⁽٢) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٢/١٢/١١ قضية ٤٤٣ لمنة ٥ق، المجموعة السنة ٧ رقم ٨٨ ص ١٣١ وحكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٦/٦/١١ قضية ١٠٨٣ لمنة ٨٥، المجموعة السنة ١١ ص ١٧٧.

⁽٣) للمزيد من التفاصيل حول موضوع رجبية اللوائح وارجاء آثار ها تراجع رسائتنا سافة الذكر ص ٣٠ - ٧٧٠ الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى – المرجع السابق ص ٥٣٨ وما بعدها، الأستاذ الدكتور محمود حلمي – القرار الإداري – ١٩٧٠ ص ١١٤ وما بعدها علاوة على رسافته في "سريان القرار الإداري من حيث الزمان" – القاهرة ١٩٧٠ والدكتور السيد صبرى – "حول رجعية اللوائح"، تعليق بمجلة مجلس الدولة – السنة ٢ ص ٣٠١ - ٤٠٠ - ٤٠٠ .

السلطة اللائمية هي سلطة استثنائية:

أوضحنا سلفا أنه لا يجوز لأى من المنطات المنشأة أن تتجاوز فى ممارسة اختصاصاتها المحددة بالمستور بما يشكل اعتداء على سلطة أخرى، كما يجب على كل سلطة أن تمارس وظيفتها على الوجه المبين فى المستور. كما يجب على كل سلطة أن تمارس وظيفتها على الوجه المبين فى المستور. ولما كان مقتضى الأخذ بمبدأ فصل السلطات كأحد المبادئ الأساسية التي يعتنقها المشرع المستورى تمتع السلطة التشريعية بالوظيفة التشريعية كقاعدة سالف الذكر والتي تنص على أن "يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ...". فإنه يترتب على ذلك أن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تتجاوز حدود وظيفتها الأساسية فى تنفيذ القوانين ولو عن طريق اللوائح بما يشكل ممارسة للوظيفة التشريعية، إلا فى الحدود التي رسمها المستور، ومن ثم فإن ممارسة التشريع عن طريق اللوائح بها يشكل ممارسة التشريع عن طريق اللوائح بها يشكل ممارسة المنظري عن طريق اللوائح به إما كان نوعها أو قوقها القانونية ـ بواسطة المسلطة التنفيذية هو استثناء مقيد تماما بكل ما ورد في المستور من قبود وحدود له ولا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه.

وبالتالى فإذا تجاوزت الملطة التنفيذية الحدود التي رسمها لها الدستور عند ممارستها للملطة اللاتحية، فإنها بذلك تكون قد خالفت مبدأ المشروعية مخالفة جسيمة مما يستوجب ترتيب الجزاء المغاسب على هذا التجاوز

وعليه فإن السلطة اللانحية هي ملطة استثنائية في ميدان التشريع، يلزم الذي يتبغي ملاحظة أن المنتفاتية في نفر أنه يتبغي ملاحظة أن المنتفاتية هنا لا تعني أن السلطة اللانحية ترتبط بالظروف الاستثنائية، فتدور معها عدما ووجودا، لأن ممارسة السلطة اللانحية كما تتم في الظروف الاستثنائية، تباشر كذلك في الظروف العلاية، ومع ذلك فالأصل أن اللائحة، ولو صدرت في الظروف العلاية، تعتبر أمر الستثنائيا وذلك لأنها تتضمن المساس بمبدأ الفصل بين الملطات الذي يقتضى اختصاص الملطة التشريعية كما عدة عامة، بالوظيفة التشريعية، ومن ثم تعتبر السلطة اللانحية في ميدان

التشريع أمرا استثنائياً بغض النظر عن الظروف التي صدرت تلك اللوائح في ظلها.

واذلك تحرص الدماتير على تحديد نطاق ممارسة السلطة اللانحية بدقة بالغة فتحدد لكل من القانون واللائحة أو لأحدهما نطاقاً محدداً بحيث لا يجوز لأى منهما أن يتجاوزه، أو على العكس تبيح لأحدهما أن يتجاوز مجال الأخر، وهو ما يحدث غالباً، حيث تميز معظم الدساتير الملطة التشريعية، بأن تحدد نطاقاً محدداً للائحة وتبيح للبرلمان أن يتناول كافة الموضوعات بالتشريع ولو في النطاق اللائحى، وكل هذا حسب الفلسفة المداسية والقانونية التي يعتنقها المشرع الدستوري في الدول المختلفة.

وقد أخذت مصر بالقواحد السائدة في معظم دساتير الدول والتي تعتبر من القواعد التقليدية بصدد العلاقة بين القانون واللائحة، في حين اعتنقت فرنسا بعض المبادئ الجديدة التي تنظم نطاق القانون واللائحة بأسلوب يغاير تماماً ما استقرت عليه العلاقة التقليدية من أسس.

وقد تبعت فرنسا في هذا التجديد بعض الدول الأخرى (1) بحيث يمكن القول أنه بصدد نطاق القانون واللائحة، نشأ نظام جديد يختلف عن النظام التقايدى الذى ما زال سائدا بين الدول الأخرى، مما يثير التساؤل عن أثر هذا النظام الجديد على المرتبة الإلزامية للوائح.

أولاً: نطاق اللائحة في مصر وفقاً للنظم الدستورية التقليدية:

من المملم به في النظم الديمقر اطية التقليدية أن البر لمان باعتباره وليد إر ادة الأمة وممثلاً لها، فإنه يكون المعلطة ذات المعيادة في الدولة على غير ها من السلطات الأخرى.

⁽١) ومثال ذلك الجزائر وقتا لدستورها الصادر في ١٩٧٦ والدسابير التالية له، وكذلك المغرب وفقا لدساتيرها الصادرة في ١٩٢٦، ١٩٧٠، ١٩٧٠ – انظر بشأنها: أحمد مجيد بنجلون الدستور المغربي مبادئه وأحكامه ١٩٧٧ ص ١٩٧٠ –

ولما كان الفصل العضوى بين السلطات لا يتطابق دائما مع الفصل الوظيفى بينها في معظم الدول، فمن الملاحظ أن السلطة التنفيذية تتمتع غائبا بمسلطة التشريع بواسطة اللوائح في بعض المسائل والأمور. غير أن هذه المسائل وتلك الأمور التي تكون نطاق عمل اللوائح تخضع أيضاً التدخل البرلمان، الذي يستطيع بصفته ممثلاً لإرادة الأمة التعرض لأي موضوع أيا كان، ويعمل على تنظيمه بالقانون الذي يتضمن القواعد التي تلانم تنظيم وحكم هذا الموضوع، وهذا يعنى بوضوح أنه طبقاً للنظم التقليدية، فإنه لا يوجد نطاق معين للقانون لا يستطيع تجاوزه، وإنما هو يتمتع بالحرية الكاملة في تنظيم أي موضوع كاعدة عامة.

أما بالنسبة للاتحة، فالأصل أن الدور الطبيعي لها يقتصر على ضمان
تتفيذ القوانين، وذلك بتداول التفصيلات والجزئيات والمسائل الغرعية اللازمة
لتتفيذ القانون الذي يرى تركها للاتحة، وفي هذه الحالة فإن الموضوعات التي
تدخل في نطاق السلطة اللائحية تتطابق مع الموضوعات التي تدخل في نطاق
القانون ذاته، لذا فالأصل بالنسبة للائحة أنه لا يوجد لها نطاق محتجز، كما أنه
لا يوجد لها نطاق محدد تستطيع أن تتناول أية مسألة تدخل فيه بالتنظيم اللائحي
استقلالا عن القانون، إلا أنه استثناء من ذلك، فإن القوانين المستورية تجيز
أحيانا إصدار بعض أنواع من اللوائح "المعتقلة" في بعض الموضوعات
المحددة، وذلك لاعتبارات عملية معينة تستوجب المماح السلطة التنفيذية بهذا
الاختصاص، ويقتصر وجه الإستقلالا عن القانون، ولذا سميت "باللوائح
الموضوعات إنما تصدر استقلالا عن القانون، ولذا سميت "باللوائح
الموضوعات إنما تصدر استقلالا عن القانون، ولذا سميت "باللوائح
المستقلة" (۱)

ومن الملاحظ عملاً، أن العديد من الدماتير تستبعد السلطة اللائحية من مبدان التشريع فيما يتطق ببعض الموضوعات ذات الأهمية الخاصة بحيث يقتصر العمل والتنظيم فيها على البرلمان وحده، وهو ما يحدث بالنسبة

⁽١) الأستاذ الدكتور سعد عصفور - النظام الدستوري المصري ١٩٨٠ ص ١٩٨٠ م ١٢٨٠

للموضوعات التي تمس أمن الأفراد وصالتهم مباشرة، أو تلك التي تتسلّ بحريلتهم مثل تنظيم الحريات المامة وتحديد الجرائم والحقوبات، ومحنى تلك أن هناك مسئل يقرر السنور لمتجازها البرامان بحيث لا يجوز التشريع فيها إلا بقانون، وهو ما يؤدى إلى استبماد اللائمة تماماً عن تلك الدائرة، فلا يكون لها التشريع بشأنها حتى يصدد المسئل الجزئية الفرعة كليلة الأضية.

ومن نامية أغرى، ظاهر أمان أيضاً ويارانته فاقتية أن يتنخل خارج هذا النطاق المعتجز اله دستورياً في أية مسألة أخرى، ويقرر الاستقلال بتنظيمها واستبعاد تدخل المأطة الانعية بشأتها، بأعتباره مساحب الولاية العامة في التشريع، واستناداً إلى تمتع القانون يقوة الزامية أعلى من قوة اللائحة

ويترتب على ذلك أن نطاق القاون ينقلف في مداوله عن نطاق الانتمة اغتلاقاً جوهريا، فإذا كان هذا الأخير يعنى إمكانية عمل اللائحة في هذا الأخير يعنى إمكانية عمل اللائحة في هذا النطاق دون غيره فإن نطاق القانون يعنى عدم إمكانية تدخل اللائحة فيه بأية عمورة من العمورة مع الاعتراف القانون بعرية العمل الواسم داخل وشارج هذا النطاق، أي أن نطاق القانون هو نطاق محتجز له بينما نطاق اللائحة هو نطاق محدد لها.

وقد أخذت المساتور المصوية المتماثية بالملافة التناودية بين القانون و اللائحة، بشأن تحديد نطاق كل منهما، فيتولى مجلس الشعب ــ وهو الماطة التشريعية في مصرحاليا ــ الوظيفة التشريعية، وبالتالي فإن القانون أن يُتناول بالتنظيم كافة المسائل التي يرى شرورة التنظر لتنظيمها

ومن تلعية أخرى جند السكور في بعض تصوصه عند من الموضوعات التي يتبغي أن يتم تنظيمها يواسطة القانون وهي الموضوعات التي تمثل النطاق المحتجز القانون، كما هند أيضاً الموضوعات التي يمكن التعذل فيها يواسطة السلطة الاتحية. ويقتصر النطاق المحدد للائحة وفقاً لدستور ١٩٧١ على موضوعات تنفيذ القوانين (م ١٤٤) والضبط (م ١٤٥) والمرافق للعامة (م ١٤٦). أ- اللوائح التنفيذية:

هى تلك اللوائح التي تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتيمير تنفيذ القوانين.

واللوائح التنفيذية بهذا المعنى تعد الصورة الأصناية للمنطة اللانعية حديث بتحقق فيها حكمة منح السلطة التنفيذية الحق في إصدار اللوائح، وذلك لأن السلطة التشريعية لا تملك عادةً من الوقت والخبرة لشنون التنفيذ والتطبيق ما يمكنها من تحديد الأحكام الجزئية والتفصيلية المبادئ العامة التي تضعها، أما السلطة التنفيذية فإنها بطبيعة وظيفتها ويحكم اتصنائها المستمر بالجمهور أقدر على تعرف التفصيلات اللازمة لوضع هذه المبادئ العامة موضع التنفيذ، ولهذا نبد أن سلطة إصدار اللوائح التنفيذية مسلم بها للإدارة في جميع الدول حيث تحرص الدسائير دائما على النص صراحة على هذه المسلطة للإدارة (1).

ووفقا للمادة ١٤٤ من هذا الدستور فإن الاختصاص بإصدار اللوائح التنفيذية معقود لرئيس الجمهورية في الأصل بشرط ألا يقوم القانون بتحديد جهة أخرى تختص بإصدار لائحته التنفيذية، ويجوز لرئيس الجمهورية تقويض غيره في هذا الاختصاص، أما إذا قام القانون بتحديد شخصية أو هيئة معينة تختص بإصدار لائحته التنفيذية، فإن هذا الشخص أو تلك الهيئة تختص دون غيرها بذلك، بمعنى أنه لا بجوز التقويض في هذه الحالة حتى ولو كانت تلك الجهة التي حدها القانون هي رئيس الجمهورية بذاته.

DOUENCE, Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration, L. G. D. J. 1968.

 ⁽¹⁾ المزيد من التفاصيل بصدد اللوائح التنفيذية ترلجع رسالتنا للدكتور اه سالة الذكر ص ١٩٩ – ٢٨١، كذا رسالة الدكتورة بدرية جاسر الصالح "السلطة اللائحية في مجال تنفيذ القوانين" – القاهرة ١٩٧٩.

ولذلك تعد هذه اللوانح من الأعمال الإدارية من حيث الطبيعة وفقًا للمعيار الشكلي الراجح، كما تتمتع بقوة العمل الإداري أو بالأحرى قوة اللائحة وذلك من حيث القوة الإلزامية وفقًا للقواعد للعامة.

ويشترط لمشروعية اللوائح التنفيذية وفقا للمستور ألا يكون من شأن اللائحة تعديل أو تعطيل القانون الذي تضعه موضع التنفيذ أو غيره من القوانين، أو الإعفاء من تنفيذ هذه القوانين، وهي من النتائج المترتبة أصلا على قاعدة تدرج القواعد القانونية.

كما يشرط في اللوائح التنفيذية، أن تكون الأحكام الواردة فيها لازمة لتنفيذ القانون، دون أن يمنع ذلك من الإضافة لأحكام القانون (1) بشرط أن يكون الحكم الجديد الوارد في اللائحة لازماً لتنفيذ القانون، بمعنى أنه إذا كانت الأحكام الواردة في اللائحة التنفيذية هي أحكام لازمة لتنفيذ القانون الذي تهدف تنك اللائحة إلى تنفيذه، فإن هذه الأحكام تكون مشروعة ولو كانت تمثل إضافة لقواعد ذلك القانون، أما إذا كانت هذه الأحكام غير لازمة لتنفيذ ذلك القانون المنافقة من مشروعة على أساس أنها خرجت باللائحة من مجال التنفيذ إلى مجال التشريع.

ولا شك في أن لزوم الأحكام الواردة في اللائحة تعني ضرورة وحدة الهدف بين اللائحة والقانون الذي تعمل على ضمان تتفيذه، فلا يكفي ألا يكون في هذه الأحكام اللائحية اعتداءً على أحكام القانون وهو أمر غير مشروع^(١)، بل يجب أيضاً أن يكون هدف اللائحة هو ضمان تنفيذ القانون، وهو الأمر الذي

⁽١) أثار "حق الإضافة" أي حق اللائحة التنفيذية في إضافة بمحن القواعد والأحكام القفون خلافا فقياء علاأ، حوث اعتبره جانب من الفقه أمرا غير مغروع أما يتضمنه من تعديل القانون أو علي الآل خروج من مجل التنفيذ إلى مجل التشريع، في حين اعتبره جانب أخر من الفقه أمرا مشروعا استفادا إلى الحكمة من تقرير هذه اللوائح وأن وظيفة الإدارة تفرض طبها أن تلائم بين أحكام القانون والاعتبارات العملية مما يستوجب إضافة قواعد جديدة القانون.

للمزيد من التناصيل تراجع رسالتنا الدكتور اه سالغة الذكر ص ٢٣٥ ـــ ٢٥٠. (2) C. E. 15 Juill. 1959, Société desmarais, A. J. D. A. 1959.

يستوجب مطابقة هذه اللائحة لذلك القاقون، فإذا كان حكم اللائحة غير مفيد أو غير لازم في تطبيق القاتون فهو غير مشروع حتى ولو لم تكن هناك مخالفة لأى نص تشريعي (١)، وهو ما يفرض على القاضى الإدارى تفسير المبلدئ والأفكار العامة التي يتضمنها النص التشريعي (١)، وعلى ذلك ينبغي على المسلطة اللائحية احترام روح القاتون (١)، فهى رغم ما تتمتع به من مسلطات بصدد تنفيذ القوانين، إلا أنها لا تستطيع استخدام هذه المسلطات إلا بهدف تيمير تنفيذ النصوص التشريعية الواردة في القانون، وهذه الرقابة الصارمة التي يفرضها القضاء هي الوجه الأخر الذي لا غنى عنه لموازنة مسلطات الإدارة في هذا الصدد.

ب- لوانح الضبط:

يقصد بلوائح الضبط ثلك اللوائح التي تصدر ها المىلطة التنفيذية بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة.

وتعتبر لوانح الضبط أهم أساليب الضبط الإدارى (٤) وأبرز مظهر لممارسة سلطة الضبط الإدارى، ذلك أنه عن طريقها تضع هيئة الضبط الإدارى قواعد عامة موضوعية مجردة تقيد بها بعض أوجه النشاط الفردى فى سبيل صيانة النظام العام، وهى بذلك تمس حقوق الأفراد وتقيد حرياتهم

⁽¹⁾ C. E. 1 Juii! 1960, Assemblée permanente de Présidents ..., A. J. D. A. 1960, 330.

⁽²⁾ C. E. 5 Avril 1974, Mignot et Union des jeuns avocate de Versailles, R. D. P. 1975, 507.

⁽³⁾ C. E. 11 Mai 1962, FNOSS et Bazin, A. J. D. A. 1963, 175.

⁽٤) المزيد من التفاصيل في هذا الصدد يراجع:
الدكتور محمود معد الدين الشريف — محاضرات في النظرية الحامة للضبط الإدارى
مذكرات قسم الدكتوراه - جامعة القاهرة ٢/ ٢/ ١٩ ١٩ أبحثه في "النظرية الحامة التيرليس الإدارى قي مصر" - مجلة مجلى العربة السنة ٢ ص ٢٠ ٢ في "أساليب الضبط
تتولي إصدار لوانح البوليس" بنفس المجلة السنة ٢ ص ١٦ ١ في "أساليب الضبط
الإدارى والقيد الواردة عليه" بنفس المجلة المنة ٢ ٢ ص ٥ في "قلسفة الملاكة بين
الضبط الإدارى وبين الحريف العامة" بنفس المجلة مناة ١٩٦٩ ص ٥.
وانظر أيضًا الأسائذ الدكتور عاطف البنا - حدود سلطة الضبط الإدارى - ١٩٨٠ و
والدكتور محمد عصفور - الولويس والدولة - ١٩٧٧.

بالضرورة (١٠)، لأنها تتضمن أوامر ونواهي وتقرر في الغالب عقوبات توقع على مخالفيها.

وتنص المادة ٥٤ من دستور ١٩٧١ في مصر على أن "بصدر رئيس الجمهورية الجمهورية للجمهورية لوانح الصدار هذه اللوانح، ولكنه لم ينص على جواز التعويض، وبالتالى الاختصاص بإصدار هذه اللوانح، ولكنه لم ينص على جواز التعويض، وبالتالى لا يجوز أن تصدر باداة أدنى من القرار الجمهوري استنادا إلى تعويض من رئيس الجمهورية، ومع ذلك فليست القرارات الجمهورية هي الأداة الوحيدة لإصدار لوانح الضبط إذ يمكن إصدار مثل هذه اللوائح عن طريق قرارات تصدر من مجلس الوزراء، استنادا إلى الفقرة الأخيرة من المادة ١٥٦ من هذا الستور التي تنص على اختصاصات مجلس الوزراء ومن بينها "المحافظة على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة"، وهي أمور تندرج في نطاق مدلولات النظام العام وخاصة بالنسبة لعنصر الأمن العام.

و عليه تعد لواتح الضبط عملا إدارياً من حيث طبيعتها القانونية وفقاً للمعيار الشكلي الراجح، وتتمتع بقوة العمل الإداري أو بالأحرى قوة اللائحة وفقاً للقواعد العامة المتصلة بتحديد القوة الإلزامية للأعمال والقواعد القانونية.

ويتحدد نطاق لوائح الضبط في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، فإذا صدرت الانحة الضبط مستهدفة غرضا آخر خلاف ذلك، فإنها تعتبر متجاورة لنطاقها، وتعد بالتالي غير مشروعة، لأن كل إجراء ضبطي يجب ألا يستهدف سوى تحقيق النظام العام⁽¹⁾.

⁽۱) الأستاذ الدكتور سعد عصفور – النظام الدستوري سالف الذكر ص ۱۲۸. DEBBASCH, Droit Adminstratif, 3e éd. P. 239. حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٦٩/٢ قضية ١٢٨٨ لمنة ٢١ق، المجموعة السنوات ٢١ – ٢٣ وقد ٢٩٣ ص ٤٠١.

⁽²⁾ BERNARD, La notion d'ordre public en droit adminstratif, L. G. D. J. 1962, pp. 71 – 73.

ويراقب القضاء الإدارى تدخل الإدارة عندما تصدر لانحة الضبط، للتحقق من ازومها وجدواها وعدم اعتدانها على حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية (1)، وفي هذا الصدد فقه لا يعتبر تدخل الإدارة مشروعاً إلا إذا كانت ثمة أسباب جدية تهدد بالإخلال بالنظام العام (7).

ومن ناحية أخرى بسط القضاء الإدارى رقابته لتشمل أيضا الأسبب التن تنفع الإدارة إلى رفض التدخل بواسطة لاتحة الضبط وفي هذا الصدد لم يكتف مجلس الدولة القرنسي بالاعتراف بجواز تقرير مسئولة الإدارة عن رفض إصدار لاتحة الضبط (٢٠) بل تجاوز ذلك إلى حد الاعتراف بإمكانية الطمن بالالغاء مباشرة ضد رفض الإدارة اتخاذ تدابير الضبط حتى ولو لم يكن الحطر داهم أو موقف خاص (٤).

(١) أنظر في الرقابة على تدابير المضبط وحماية الحقوق والحريات المراجع الأتية:
 مؤلف إ مبادئ القانون الإداري – نظرية العمل الإداري – ٢٠١٣ – ص ١٤١ ومابعدها.

BRAUD, La notion de liberté publique en droit français, 1968. CASTAGNE, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, L. G. D. J., 1964.

DRAN, Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publique, L. G. D. J., 1968.

(2) C. E. 22 Juin 1951, Daudignac, L. 362. C. E. Mai 1954, De Pischaf, L. 269.

C. E. 31 Mai 1963, Ville de Grenoble, L. 833.

(٣) قرر مجلس الدولة الفرنسي أن امتناع الإدارة عن وضع أللائحة يؤدى إلى مسلولية الإدارة إذا كون هذا الامتناع خطأ جميها. ومن ثم لا يكنى الخطأ البسيط لقترير المسئولية عن رفض التدخل وكذلك الأمر إذا كانت الضائر طفيفة، ولكنه عدل بعد ذلك عن شرط أخطأ الجميد ولكفي بمجرد الامتناع.

C. E. 8 Mars 1963, Commune de maison Laffite, L. 263.

C. E. 16 Fiv. 1977, Société Pom - Ail, R. D. P. 1977 - 1092.

C. E. 21 Oct. 1953, Ville de Marseille, L. 447.

C. E. 4 Oct. 1968. Sieur et Dame Pascal. L. 876.

C. E. 28 Avril. 1967, Lanfont, L. 182.

C. E. 11 Juin 1969, Commune de Cournon ..., L. 760 - 908 - 949 - 951.

(4) C. E. 23 Juin 1976, Latty, R. D. P. 1977. 865 n. Waline.

ج- لوانح المرافق العامة:

هى تلك اللوائح التي تضعها الملطة التنفيذية بقصد إنشاء وتنظيم المرافق العامة وتنسيق سير العمل في المصالح والإدارات الحكومية العامة.

وتشمل لوائح المرافق العلمة في مصر، طبقاً لنص المادة ١٤٦ من دستور ١٩٧١، القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وبالتالي الغازها، كما تشمل أيضاً القرارات الخاصة بتنظيم هذه المرافق وتلك المصالح العامة.

ويختص رئيس الجمهورية بسلطة إصدار لواتح المرافق العامة، ولا يجوز له تقويض غيره في ذلك، حيث خلت المادة ١٤٦ من هذا الدستور من النص على مكنة التقويض في إصدار هذه اللواتح، ونظرا لكون لختصاص رئيس الجمهورية بإصدار تلك اللواتح هو اختصاص استثنائي، فإنه لا يجوز للرئيس التقويض فيه.

ولذلك فإن هذه اللوائح - كغيرها من اللوائح الإدارية - هي عمل إدارى من حيث الطبيعة القاتونية، وتتمتع بقوة العمل الإدارى، أى قوة اللائحة وفقا للقواعد العامة.

والأصل في إنشاء المرافق العامة أنه أمر اختياري السلطة العامة، فهو ما يدخل في مجال سلطتها التقديرية (١)، إلا أنه استثناء من هذا الأصل تكون سلطة الإدارة مقيدة بالنسبة لبعض المرافق العامة حيث تلتزم بالشائها بوصفها "مرافق عامة إجبارية".

ويلزم ملاحظة أنه لا يجوز للانحة المرافق العامة أن تمس الموضوعات التي تدخل في النطاق المحتجز القانون.

 ⁽١) الأستاذ الدكتور محمود حافظ - نظرية المرفق العام - ١٩٦٤ / ١٩٦٤ ص ١١٠.

ثَانِياً — نَمَانَ اللائحة في قَرنُسا وِثَمَّا لِنستور ١٩٥٨ العالى:

سبق أن أشرنا إلى أن الدستور الفرنسى الحالى قد أحدث تغييرا جوهريا في الملاقات التقليدية بين القاتون واللائحة فيما يتعلق بنطاق كل منهما، حيث توزعت الوظيفة التشريعية بين البرلمان والسلطة التنفيذية، فأصبحت هذه الأخيرة صاحبة الولاية العامة في التشريع، بينما تحدد اختصاص البرلمان في هذا الميدان على بعض الموضوعات المعينة على مبيل الحصر، ومن ثم غدت اللائحة هي الأصل في التشريع والقاتون هو الاستثناء في ميدانه، وذلك استتلاأ إلى المادة ٧٣/ ١ من الدمتور الفرنمي التي قضت بأن "الموضوعات التي لا تدخل في نطاق القاتون تكون لها المسفة اللائحية".

ويقتصر أثر هذا التجديد على اللوائح المستقلة التى تصدرها الإدارة استقلالاً عن القانون، في حين تبقى العلاقة بين اللوائح التنفيذية والقوانين التي تتولى هذه اللوائح وضعها موضع التنفيذ كما كانت في ظل النظم التقليدية السائدة قبل الدستور الحالى.

وقد أسفر التجديد الدستورى عن تمتع اللوائح المستقلة بنطاق محتجز لا يجوز للسلطة التشريعية أو بالأحرى للقانون أن يتدخل بشأنه، وإلا كان للسلطة اللانحية أن تلجأ إلى وسائل الحماية المختلفة التي قررها الدستور لمنع تعدى القانون على هذا النطاق (1).

ومن المسلم به حالياً، أنه ليس التجديد الدستورى المشار إليه أية أثار تتعلق بالقوة الإلزامية للائحة والقانون أو بطبيعة كل منهما.

فبالنسبة للطبيعة القانونية للوائح المستقلة، لم يتردد مجلس الدولة الفرنسى في القطع بأن هذه اللوائح ستظل كما كانت في الأصل أعمالا إدارية، وبالتالي نظل خاضعة لذات الرقابة القضائية التي تخضع لها اللوائح الأخرى،

أنظر في تفاصيل هذه الحماية رسائتنا للدكتوراه سالغة الذكر ص ١٤٦ – ١٢٠ عذلك رسالة:

BRACHET, La delimitation des domains respectif de la loi et du règlement, dans la Cons. Du 4 Oct. 1958, Bordeaux, 1965.

أما القانون فما زال هو العمل الذي لا يمكن المنازعة فيه خاصة وأن مصدره هو الشعب أو البر لمان أي الار ادة العامة، في حين أن الحكومة و بالتالي أعمالها ليست كذلك، ومن ثم تظل سلطة إدارية ويظل العمل الصادر منها، ولم كان لانحة مستقلة، عملاً إداريا خاضعاً لنفس النظام القانوني الذي تخضع له اللو إنح الأخرى، وخاصة فيما يتعلق بالرقعة القضائية عليها('').

و على هذا الأساس أستقر الفقه _ بعد تريد وجدل شديدين _ على أن طبيعة اللوائح واحدة أيا كانت نوعها، "و اللائحة الآن هي اللائحة من قبل لم تتبدل طبيعتها ولم يطرأ شئ على نظامها القانوني، وكل ما في الأمر أنها استقلت بدائرة معينة تعمل في حدودها، وأن هذه الدائرة تبدو أكبر من الدوائر المخصصة للقانون الذي اقتصر دوره على تنظيم المسائل الكبرى ذات الأهمية الخاصة، وما عدا ذلك ترك الدستور أمره للانحة "(٢).

أما عن مرتبة الله انح المستقلة أو قوتها القانونية، فقد أثار أمر تحديدها جدلًا فقهيا حاداً في فرنسا، وذلك بسبب اختفاء القانون من ميدان اللوائح.

وقد انتهى الغقه في هذا الصيد إلى أن "اختفاء القوانين من نطباق اللو انح المستقلة لا يعني اكتساب هذه الأخيرة لقوة القانون، يحيث تأخذ مرتبته وقيمته، فلكل من القانون و اللائحة المستقلة مرتبته و لكل منهما قيمته، فهما مستقلان وغير متساويين "(٢)، ومن ثم فإن "اللائصة في التجديد الدستوري لم ترق إلى مرتبة القانون فلم تكتسب صفاته ومميز اته، بل استمرت كما كانت محتفظة بخصائصها المختلفة عن خصائص القانون والتي تجعلها في درجة أنني منه، والتطور الجديد الذي طرأ على وضع اللائمة إنما ينحصر في تجديد نطاق کبیر لها، مقصور علیها، تعمل فیه دون مشارکة، دون أن بوثر هذا

C. E. 26/6/1959, Syndicat general de Ingénieurs – Conseils, L. 394. C. E. 12/2/1960, Société Ekv. L. 101.

⁽²⁾ VEDEL, Droit adminstratif, ed. 1968., p 40.(3) CHAPUS, Article cite, D. 1960. 126.

التجديد على خصائصها (((). ويترتب على ذلك أنه لا يوجد أى خلاف بين اللوائح المستقلة وغير ها من اللوائح الأخرى فيما يتعلق بقوتها القاتونية، وكل ما هناك "أن الدستور قد رأى أنه لا حلجة البتة لوجود قوانين في ميدان إصدار هذه اللوائح، وهو أمر لا يعمل على تغيير طبيعتها القاتونية، كما أنه لا يرتب لها أية منزلة تعلو عن المنزلة المعلقة التي كانت للوائح عامة في ظل الوضع التقليدي المائد قبل صدور الدستور الجديد (()).

ولا شك أن هذا الرأى يبلور المفهوم الحقيقى لما ورد بالدستور الغرنمي من تحديلات في هذا الشأن، وهي تحديلات لم توثر كما هو واضح لا في طبيعة اللوائح ولا في قوتها القانونية، وما دامت النصوص الدستورية لا تشير صراحة ولا ضمنا إلى أن اللوائح الممتقلة قد ارتفعت في تدرج القواعد القانونية إلى مصاف القانون، فإنه ينبغي الرجوع إلى التدرج التقليدي، والتسليم بأن الملائحة الممتقلة تقع كما كانت دائما في مرتبة أدنى من القوانين بحيث تنصصر أثار تلك التمديلات الدمبتورية في إحداث توزيع جديد للوظيفة تنصصر أثار تلك التمديلات المستقلة وتحديد نطاق القانون في موضوعات محددة، دون أن يعني ذلك مطلقا تشبيه اللائحة بالقانون لا من حيث الطبيعة و لا من حيث الطبيعة و لا

أما عن أثر اختفاء القوانين من ميدان اللائحة المستقلة، فيبدو أن هذا الأمر كان سبباً رئيسياً في كل ما ثار من تساولات، ذلك لأنه إذا كانت اللائحة المستقلة هي مجرد قرار إداري يخضع ارقابة المشروعية، فإن المشكلة تقع في تحديد تلك القواعد القاتونية التي تعلوها، وبالتالي فإن مخالفتها تعتبر إهداراً لمبدراً المشروعية، مما يستوجب معه إلغاء اللائحة المخالفة.

 ⁽¹⁾ VEDEL, op. cit., p. 40.
 (٢) الأستاذ الدكتور محسن خليل – علاقة القانون باللائحة – در اسة متارنة – مجلة الحقوق السنة ١٤ عدد ٢، ٤ ص ١٢.

وقد قرر البعض (1) بزاء غياب القانون عن ميدان اللوائح المستقلة، اختفاء وجه مخالفة القانون بالنسبة لها كأحد أوجه الإلغاء، وذلك لاستحالة الطعن فيها على أساس وجه مخالفة القانون بمعناه الضيق.

غير أن الفقه رفض الأخذ بذلك الرأى على أساس أنه إذا كانت "المادتين ٣٤، ٣٧ من الدستور تؤديان إلى عدم وجود قانون بالمعنى الشكلى للاصطلاح في بعض الموضوعات فإنه لا يترتب على ذلك إطلاقا ألا تخضع الإدارة عند تنظيم هذه الموضوعات لقواعد أخرى لها قيمة القانون "(").

وفى الواقع، فإن تخصيص مجال محتجز للانحة المستقلة أدى إلى أن هذه اللوائح أصبحت تتأسس مباشرة دون وسيط على الدستور نفسه، أى دون حاجة إلى تدخل تشريعي يتبح لها الصلاحية للصدور، ومن هنا أصبح استقلالها أمر واضح دون شك، مما أثار بعض التخوفات حول مدى خضوعها لمبدأ المشر و عدة

وقد أثارت الخصيصة الاستقلالية للوانح المستقلة بعض التخوفات فيما يتعلق بحدود الرقابة القضائية على مشروعيتها، فقد خشى الفقه مع بداية تطبيق دستور ١٩٥٨ أن تقتصر رقابة مجلس الدولة على العناصر الخارجية لتلك اللوانح والتى تتعلق بالشكل والاختصاص دون عناصرها الداخلية التى تتعلق بالسبب والمحل والغاية أو الهدف (٣).

إلا أن مجلس الدولة الفرنسى أزال خشية الفقه بقضائه الرصين، فلم يكتف بفرض رقابته على العناصر الخارجية للوائح المستقلة⁴⁾ وإنما تجاوزها

DEMICHEL, Le Droit Administratif, 1978, p. 88.

⁽¹⁾ WALINE, Article cite, R. D. P. 1959. 711.

⁽³⁾ DE SOTO, La Lois et règlement dans la Cons. Du 4 Oct. 1958. R. D. P. 1959. 295.

⁽⁴⁾ C. E. 30 Mars 1962, Association Nationale de la Meunerie, A. J. D. A. 1962, 298.
C. E. 30 Janv. 1963, Caubert de cléry et Ferre. A. J. D. A. 1963, 309.

نص عليها إما بالقوانين العادية الصادرة من البرامان أو في النصوص الدمتورية ذاتها.

ولذلك نجد كثير من دساتير الدول تنص على مثل هذه التطبيقات، وتحدد الملطات الخاصة التي تخول في الغالب المسلطة التنفيذية لمواجهة تلك الأوقات العصبية ودفع أية أخطار جميمة تتعرض لها الدولة.

ومن ناحية أخرى تقوم القوانين من جانبها، في حدود ما يسمح به الدستور، بمثل هذا الدور لصالح السلطة التنفيذية، ومن أكثر هذه القوانين انتشاراً لدى الدول قو انين حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية.

وتخول هذه النصوص الدستورية والتشريعية للإدارة عدة سلطات مميزة، أهمها سلطة إصدار لوائح الضرورة وهى قرارات إدارية لها قوة القانون ومن ثم تؤثر على المعلقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، علاوة على بعض الاختصاصات الأخرى التي تحمل أساسا الطابع القردى أو التنفيذي، مثل كثير من القرارات الفردية والتدابير التي تصدر في حالة الطوارئ أو التعبنة العامة، وهي تدابير تمس غالبا المعلقة بين سلطات إدارية مختلفة كالمعلقة بين السلطات إدارية.

وتعتبر نظرية "المضرورة" أو "الظروف الاستثنائية" أساس تلك السلطة الاستثنائية وإن كنا نفصل اصطلاح نظرية "الضرورة" باعتبارها نظاما قلاونيا نشأ لمواجهة وقلتم غير عادية يطلق عليها "الظروف الاستثنائية" وذلك في معظم الأحوال، بحيث يشترط لتطبيق النظام القانوني لنظرية الصرورة، توافر هذه الحالة الواقعية التي تتمثل غالبا في أحد "الظروف الاستثنائية" التي تتنوع كثيرا مثل حالة الحرب وحالة الاستعجال وحالة الطوارئ.

وتطبق هذه النظرية على اللوائح التي تصدر في ظل "الظروف الاستثنائية، إلى جانب بعض اللوائح التي تصدر في ظروف من الصعب تصور ها استثنائية، ومع ذلك فهي تعد لوائح استثنائية لأنها تخرج على قواعد

اللوانح العلاية في كونها تصدر في نطاق القانون وأن لها قوة القانون، والمثال الدارز لهذه اللوائح هو الأوامر التي تصدر في فرنسا تطبيقاً للمادة ٣٨ من الدستور، أما باقي اللوائح الاستثنائية الأخرى، فهي في جوهرها لوائح علاية — ضبطية عادة — ولكن نظراً لصدورها في ظل ظروف استثنائية، فإنها تتمتع بقوة القانون بالشروط التي يحددها الدستور عادةً.

على أن هذه السلطة اللائحية الاستثنائية، وإن كانت ضرورية للإدارة الا أنها ليست حقا خالصا لها، وإنما هو اختصاص مقيد بضرورة توافر شروط معينة للجوء إليها وشروط أخرى لإصدارها وتطبيقها، كما أن آثار استخدام تلك الاختصاصات محدد بنطلق معين لا يجوز تجاوزه، ومن ثم فمن الخطأ القول بأنه ليس للضرورة قاتون، إذ العكس هو الصحيح، فالضرورة هي تنظيم قاتونى، وهو ما يعنى على الاقل خضوع أعمال المضرورة للرقابة حتى لا تتجاوز حدودها وضوابطها القانونية ().

وقد أخذ المشرع الدستورى فى فرنسا بنظرية الصرورة فى دستور 190٨ الحالى، فجاء بالمدادة ١٦ التى تنظم حالة المضرورة بشأن بعض الظروف الاستثنائية المحددة، وأضاف إليه نص المادة ٣٨ التى تممح للسلطة اللانحية بالتدخل فى نطاق القانون عن طريق الأوامر (اللوائح التفويضية)، ولكون هذا التدخل بعد أمرا استثنائيا، ولتمتع الأوامر بقوة القانون، فإننا نعقد أن هذا النص يدخل ضمن نطاق نظرية الضرورة ولو لم يستخدم بشأن ظروف استثنائية حققة.

أما المشرع الدستورى في مصر فإنه تبنى منذ دستور ١٩٢٣ نظرية الضرورة، فنظم تطبيقاً لها في المادة ٤١ منه يتميز على الأخص باشتراط

⁽۱) راجع في تذصيلات هذه السلطة مؤلفنا: لوانح الضرورة وضمانة الرقابة القصائية ... ۱۹۸۲ راجع أيضاً: الأستاذ الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: مبادئ القضاء الإدارى ۱۹۷۷ ... مس/ل و وما يصدها. الدكتور محمد عبد المجمد أبو زيد: سلطة الحاكم في تغيير التشريع شرعا وقاتوناً ... ۱۹۸۲ ... مدر ۲۰۷ ما معدها.

غياب البرلمان إلى جانب توافر الظروف الاستثنائية، وقد احتفظت كافة المساتير المصرية بعد ذلك بهذا التطبيق حيث ينص دستور 1971 عليه في المادة ١٤٧٧ منه. ثم جاء دستور 1901 بتطبيق ثان يتعلق باللوائح التفويضية المادة ١٤٧ منه. ثم جاء دستور 1901 بتطبيق ثان يتعلق باللوائح هذا التطبيق في الدساتير اللاحقة، وهو المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من دستور 19٧١ الذي جاء بتعليق ثالث يشبه إلى حد ما تطبيق المادة ١٦ في الدستور الفرنسي الحالى، وذلك في نص المادة ١٤ في الدستور الفرنسي

وإلى جانب هذه التطبيقات الدستورية، فإن المشرع البراماتي قام من جانبه بتنظيم لبعض الحالات التي تعد تطبيقا لنظرية الضرورة، لعل أكثرها نيوعاً وأهمية هو قانون تنظيم حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية، وذلك بالإضافة إلى قوانين أخرى مثل قانون حالة الاستعجال في فرنسا وقانون التعبنة العامة في مصر.

ويمكن القول بأن لوائح الضرورة التى تصدر استنداداً لهذه التشريعات الاستثنائية (رغم دوام سريقها) إنما تندرج تحت طائفة اللوائح التقويضية، على أساس أن الإدارة تتلقى سلطاتها اللائحية الاستثنائية من نصوص هذه القوانين التى تختص السلطة التشريعية وحدها بإصدارها طبقاً للدستور.

والخلاصة أنه يترتب على وقوع الظروف الاستثنائية، قيام حالة الضرورة التى تتيح للسلطة التنفيذية أن تتخذ الإجراءات الاستثنائية اللازمة لمواجهة هذه الظروف، وتسمى هذه الإجراءات الاستثنائية بأعمال الضرورة، وهى قد تكون أعمالا مادية كما قد تكون أعمالا قاتونية، وهذه الأخيرة قد تكون قرارات إدارية فردية، وقد تكون قرارات لانحية يطلق عليها اصطلاح "لوائح الضرورة" تأسيسا على صدورها إبان قيام حالة الضرورة، وتمييزا لها عن اللوائح الإدارية التي تصدر في ظل الظروف العلاية.

وتتبلور أثـار نظريـة الصرورة في ارتفاع القوة القانونيـة أو المرتبـة الإلزامية لتدابير الضرورة لتتمتع بقوة القانون في تنرج الأعمال القانونيـة. فإذا تمثلت هذه التدابير في قرارات إدارية فردية، فإنها تتمتع بقوة القانون ولها مخالفة أو مخالفة أو مخالفة أو مخالفة أو مخالفة أو تمديلها، حيث لا يجوز الغاء نص عام إلا بنص عام، ولذلك فإن أحسال الضرورة الأشد خطورة إنما تتمثل في لواتح الضرورة التي هي في جوهرها أعمالاً تشريعية، وإذ تتمتع في ظل الظروف الاستثنائية بقوة القانون، فإنها تملك في الواقع سلطة الغاء للقوانين القائمة أو تعديلها أو تعطيل نفاذها (أ.

غير أنه يلزم التنويه إلى أنه إذا كانت لوائح المضرورة تتمتع بلا جدال أو خلاف بمرتبة الزامية تعادل قوة القانون في تدرج القواعد القانونية، فإنه على المكم من ذلك، احتدم الخلاف الفقهي بل والقضائي حول الطبيعة القانونية لهذه اللوائح ومدى تأثرها بتمتع هذه اللوائح بقوة القانون، وأثر تنخل السلطة التأسيمية وكذلك السلطة التشريعية بشأنها.

الطبيعة القانونية للوائح الضرورة:

من المتفق عليه أن لوانح الضرورة هي من الأعمال الإدارية من حيث طبيعتها القانونية، وذلك استنادا للمعيار الشكلي السائد فقها وقضاء في صدد تحديد طبيعة القواعد القانونية، حيث أن هذه اللوائح تصدر عن السلطة التنفينية.

بيد أنه أما كانت لوائح المصرورة تصدر في نطاق القانون بحيث تستطيع اللائحة أن توقف أو تعدل أو تلغى بعض أحكام القوانين، فإنه يكون من الطبيعي أن يمارس البرلمان الرقابة على ممارسة السلطة اللانحية للدور الذي كان ينبغى عليه أصلا القيام به.

لذلك تحرص بعض الدسائير على أن تتبح البرامان فرص التعبير عن إرادته بشأن أعمال الضرورة وتدابيرها، وذلك بمنحه سلطة إقرار أو عدم

⁽١) رلجع في تفاصيل ذلك مزافنا: الرقاية على أعمال الإدارة سالف الذكر ... ص ١٣٤ وما بعدها، ولجع أيضا حكم للمحكمة الطيافي ١٩٧٥/٤/٥ دعوى ٩ لمنة ٤ ق عليا دستورية ... المجموعة القمم الأول ... ص ٢٥٨.

إقرار هذه التدابير أو تحيلها، وعلى الأخص اللوائح منها، لما يفترض بشأنها من استمرار سريانها إلى أن تلغى أو تعدل بنص صريح

وقد اتبع المشرع الدمتورى في مصر هذا الأسلوب بصدد اللوائح التشريعية التي تصدر في غيبة مجلس الشعب وفقاً المادة ١٤٧ من دمستور ١٩٧١ وكذلك بصدد اللوائح التقويضية التي تصدر استناداً لما يصدره مجلس الشعب من قوانين بالتقويض وفقاً المادة ١٠٠٨ من هذا الدستور، حيث يتمين وفقاً لهما أن تعرض "القرارات بقوانين" – أي لوائح الضرورة بصفة عامة – الصلارة استناداً إليهما على مجلس الشعب الإقرارها والموافقة عليها، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون(1).

ومن ناحية أخرى فإن المشرع المستورى اتبع أسلويا مغايرا بصدد الإجراءات التى تصدرها الملطة التنفيذية استنادا إلى المادة ٧٤ منه، ومن بينها لوائح الضرورة والتى أطلقنا عليها اصطلاح لوائح الأزمات الخاصة ٢٠٠١، حيث استقرم المشرع الدستورى بشأتها إجراء استفتاء عليها خلال ستين يوما من اتخذها

ومن هنا يثور التساؤل هول أثر إقرار البراسان للوانح المسرورة، وكذلك الاستفتاء الشعبي عليها، بصند طبيعتها القانونية وقوتها الإلزامية

 ١٠- أشر المرار البرامسان للواتح المضرورة على طبيعتها القلوتية وأوتها الالزامية:

ذهب جانب من الفقه إلى أن المرسوم الصادر في ظل بستور ١٩٢٣ في حالة غياب البرلمان قوة القانون، وبعد دعوة البرلمان وعرضه عليها وعدم

 ⁽١) راجع بشأن مدلول عرض القرارات بقرانين على البرلسان، ودور السلطة التشريعية في الرقابة على هذه القرارات، مؤلفنا: الرقابة على أعسال الإدارة سالف الإشارة – من ١٣٨ ومن ١٤٦ وما بعدها.

 ⁽٢) راجع مؤلفنا: لواتح الضرورة وضماتة الرقابة القضائية سالف الإشارة - ص ١١٣ وما يعدها.

رفضه يكون له قوة القانون بوجه نهاني ولكنه يبقى من الناحية الشكلية مرسوماً بقانون، أي قراراً إدارياً ولا ينقلب إلى قانون(١).

"وتمنقاد الصفة الإدارية التى لهذه اللوائح من صدياغة عبارة "....

تكون لها قوة القانون" التى يتضمنها النص المعابق (نص م ٤١ من دستور
١٩٢٢) والتى تدل على أن هذه اللوائح وإن كان لها قوة القانون إلا أنها ليست
بقانون ولو أراد الشارع اعتبار هذه اللوائح من القوانين لما تعمد قصر المماثلة
بينهما على الحجية القانونية لكل منها. ومما يؤيد هذا الاستنباط أن مبادئ
المستور تظل نافذة وقت صدور هذه اللوائح، ودعامة هذه المبادئ جميعها مبدأ
فصل الملطائل الله في المرموم ... ليس قانونا ولكنه الاحة من لوائح
الضرورة، والدستور لم يشأ أن يعتبرها قانونا فهو إذ نص على أن تكون لها
قوة القانون لم يسحب عليها طبيعة القانون وإن كان قد أضعفي عليها قوة
القانون "أ")

غير أن غالبية الفقه (4) ترى أن هذه اللوانح وإن كانت فى الفترة السابقة على اقترة السابقة على إقرار البرلمان لها، تتصف بالطبيعة اللانحية وتتمتع بقوة القانون، إلا أنها بعد إقرارها بواسطة البرلمان، تتحول إلى قوانين، أو تصبح فى حكمها، وبالتناى تكتسب الحصانة القضائية التي تتمتع بها القوانين فلا يجوز الطعن ضدها

⁽١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري - مقالته سالفة الذكر - مجلة مجلس الدولة ص ١٦.

 ⁽Y) الدكتور محمد رُهير جرانه" الأمر الإدارى ورقابة المحلكم القضائية له في مصر -القاهرة ١٩٣٥ ـ ص ١٩٥٨، وراجع أيضا الدكتور مصطفى محمد الجمال: المرجع السابق ص ٢٤٠.

⁽٣) الدكتور رياض شمس: الغاء القانون بمرسوم -- الرجعية في المراسيم -- مجلة المحاماة السنة ٤٤ عدد ٤ و \circ ص $^{8.7}$.

⁽٤) الأستاذ الدكتور محمن خليل: مؤلفه المشترك في القضاء الإداري سالف الذكر ص ٢١٧، وأنظر الأستاذ الدكتور محمود حافظ: القرار الإداري ص ٢١٠، الدكتور عثمان عبد الملك الدكتور سليمان الطماوي: القرارات الإدارية ص ١٩٥، الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: السلطة اللاتحية للإدارة في الكويت - الطبعة الأولى ١٩٧٧ - ص ٢١ وراجع في تفصيلات هذا الاتجاها والاتجاهات المخالفة له مؤلفنا أو لتح الضرورة سالف الإشارة ص ٩٦ وص ٢٧٩ وما بعدها.

بالإلغاء لعلم القضاء الإدارى، بعد أن كان ذلك الطعن جائزاً قبل إقرارها من الميرلمان، إذ كانت خلال هذه الفترة قرارا إداريا يخضع لرقابة الإلغاء.

ويمتقاد من هذا الإتجاه الغالب، أن لاقر از البر لمأن هذه الله اتح، أثر ا جو هرياً يتمثل في تحويلها من قر ار ات إدارية إلى قو انين، أي أن تلك اللو انح تكتبب بعد هذا الاقرار طبيعة القاتون، و هو ما لا نر اه صححاً، اذ أن طبيعة العمل الذي يصدره رئيس الجمهورية، لا تتغير نتبجة تدخل البر لمان أو عدم تدخله، وإن كان من شأن هذا التدخل أن يؤكد قوة القانون لهذه اللواتح أو يز بلهاء فالرأى لدينا أنه بجب الاعتراف للعمل القاتوني بطييعة قاتونية واحدة ثابتة ومؤكدة، ومن ثم فاته وفقاً للمعيار الشكلي وهو المعيار السائد في صبيد تحديد طبيعة الأعمال القانونية الصادرة من السلطات العامة، تكتب أعمال ر نيس الجمهورية بصفته ممثلاً للسلطة التنفينية، طبيعة الأعمال الادارية في حين تكتبب الأعمال المبادرة من البر لمان وفقاً للاجر اءات الدستورية المقررة لمن القوانين، طبيعة القانون، فإذا تدخل البر لمان بخصوص لو إنح الضرورة و ذلك بالتصديق عليها، فإنه ليس من شأن هذا التصديق التأثير على الطبيعة الإدارية لتلك اللوائح، لأن هذا التصديق لا يكتسب صفة القانون، إذ هو عمل ر قابي يقوم به البر لمان ممارسة لوظيفته السياسية بالرقابية على أعمال السلطة التنفيذية، وبالتالي لا يكون له سوى مدى سياسي دون أن يكون له أي أثر قانوني على طبيعة اللائحة(١) بمعنى أنه ليس من أثر للتصديق سوى تأكيد قوة القانون لهذه اللوائح، دون أن يعدل من طبيعتها، فتظل مجرد لوائح تتمتع بقوة القانون نتيجة خصيصتها الاستثنائية، ومن ثم نظل هذه اللوائح خاصعة للرقابة القضائية على مشروعتها ويستوريتها، بون أن يبؤثر على هذا الخضوع تصديق البرامان، حيث لا يملك المجلس النيابي تصحيح اللائحة إذا صدرت غير مشروعة، لما يعنيه ذلك التصحيح من تحصين لقرار إداري من رقابة

MIGNON, Nature et effets juridique d'une technique legislative d'exception mais d'utilisation répeteé: Le décret – loi, D. 1948. 144.

القضاء وهو ما يعد مخالفاً لنص المادة ٦٨ من الدستور الذي يحرم هذا التحصين صراحة.

غير أنه قد يتم إقرار البرلمان للوائح الضرورة عن طريق الموافقة على "قاتون" بالمعنى الغنى الدقيق، أى باتباع ذات الإجراءات التي يتم بها سن القوانين من مناقشات وتصويت، وفى هذه الحالة، فإن هذا القاتون بما يحتويه من قواحد وأحكام وردت فى هذه اللوائح، يكون نافذا وواجب التطبيق بدلاً من اللائحة، التي تسقط وتتوقف أثارها بمجرد إقرار البرلمان للقاتون الذى تضمن أحكامها، وإن كانت تظل خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها طوال الفترة التي كانت نافذة خلالها، وذلك قبل سريان ونفاذ القاتون الذى اقره الدرامان.

وإذا كان الرأى السائد فى فرنسا هو تحول طبيعة اللوانح بعد تصديق البرلمان عليها إلى قانون، فلحل مرد ذلك هو عدم الاعتراف هناك بحق القضاء فى الرقابة على دستورية القوانين، وبالتالى يؤدى تحول اللائحة إلى قانون، إلى عدم خضوعها للرقابة القصائية.

بيد أنه في مصر، وإزاء اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له القانون عن مثيله في فرنسا، وخاصة من حيث الرقابة القضائية، فإنه ليس من المفيد الأخذ بالرأي السائد في فرنسا، حيث تتضاءل الأهمية العملية لهذا الرأي المفيد الخذ بالرأي السائد في فرنسا، حيث تتضاءل الأهمية المعملية لهذا المأي عد كبير نظراً لخضوع القانون في مصر لرقابة المحكمة المستورية العليا فلا يكون مجديا إذن إضفاء صفة أو طبيعة القانون على لائحة القضاء على تدخل البرلمان، إذ أن ذلك لن يمنع من خضوعها لرقابة القضاء على دستوريتها، بالإضافة إلى أن احتمال سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء ضد هذه اللائحة نتيجة إقرارها، هو أمر قليل الأهمية عملاً، لأن البرلمان لا يتمكن في الغالب من التصديق على تلك اللوائح إلا بعد مرور فترة طويلة من الزمن وخاصة في حالة اللوائح التفويضية، تحتفظ اللائحة خلالها بالطبيعة الإدارية ورض خلاف، وبالتلى يجوز رفع دعوى الإلغاء بشلتها طوال هذه الفترة.

ذلك، ثم نعود للاعتراف لقانون التصديق بهذا التأثير وباثر رجمي("). وفى تقدير البعض بحق أن "القواعد الدمتورية في فرنسا (وكذلك الأمر في مصر) تعدير البعض بحق أن "القواعد الدمتورية في فرنسا (وكذلك الأمر في مصر) تميز بين الأجهزة الإدارية والأجهزة الإدارية، ولذلك فإن أك تعتبر كأعمال تشريعية، وهو ما أكده القضاء الإداري حتى البوم، ولذلك فإن أي استثناء على هذا الأمر يجب أن ينص عليه الدمتور، واستندا إلى ما تقدم، فإن ملاحظة قواعد الدمستور بشأن أوامر التعويض تنبئ بوضوح تام عن أن نية المشرع الدمتوري لم تتجه إلى أكثر من منح قوة القانون لهذه اللوائح دون طبيعته"(").

وفى الواقع فإن هذا الرأى الذى نتممك به - منذ نادينا به فى رمى التنا للكتوراه التى نوقشت فى مارس ١٩٨١، على خلاف الغالبية العظمى من الفقه - والذى يقوم على التفرقة بين الطبيعة القاتونية للوائح الضرورة وقوتها الإلزامية، فيعترف لها منذ صدورها إلى زوالها بطبيعة العمل الإدارى وبقوة القاتون، دون أن يؤثر على ذلك إقرار المسلمة التشريعية لها، يتفق تماماً مع مذهب المشرع الدستورى فى مصر، الذى لا يعترف لمرئيس الجمهورية وفقاً للمادتين ١٩٠٨ و ١٤٧ من الدستور، سوى بملطة إصدار "قرارات لها قوة القاتون"، أى انها من حيث الطبيعة "قرارات" ومن حيث القوة الإلزامية "لها قوة قوة القاتون".

يؤكد ذلك أن لرئيس الجمهورية وفقاً لهذه النصوص أن يصدر قرارات فردية لها قوة القاتون، وهي قرارات يتعين عرضها على البرلمان لإقرارها، مثلها في ذلك مثل القرارات اللانحية، ومع ذلك فإنه لا يسوغ القول بأن تدخل البرلمان وإقراره لتلك القرارات الفردية يؤدى إلى تحويلها إلى قوانين.

DEBBACH, Les ordonnances de l'article 38 dans la constitution du 4 Oct, 1958, J. C. P. 1962, 1701, No. 10.

⁽²⁾ BATAILLER, Le Conseil d'Etat Juge Constitutionnel, L. G. D. J., 1966, p. 204.

ومن هنا كان حرص المشرع الدستورى على استخدام اصطلاح "القرارات" وهو المصطلح الشائع تخصيصه للأعمال الإدارية القانونية المنفردة، مواء كانت لانحية أم فردية، دون أى اصطلاح آخر.

وقد استجابت المحكمة النستورية العليا في مصر لهذا الرأى، إذ التجهت إلى اعتناقه بصند طبيعة القرارات بقوانين وقوتها الإلزامية، ففي حكمها الصادر في ٤ مايو ١٩٨٥م والذي قضت فيه المحكمة بعدم دمتورية القرار بقانون رقم ٤٤ لمنة ١٩٧٩م والذي قضت فيه المحكمة بعدم دمتورية القرار رأت المحكمة أن الفرصة سائحة لتعلن "أن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون ... لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون، دون تطهيره من العوار الدستورى الذي لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار في ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن يتبع في كيفية اقتراحها والمواقفة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد وإلا ترب على مخالفتها عدم دستورية القانون"(١).

٢- أثر موافقة السلطة التأسيسية على لوانح الضرورة:

استحدث المشرع الدستورى في مصر تطبيقاً جديداً لنظرية الصرورة، وذلك في نص المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١، الذي يقضى بأن "لرنيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى، أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياتاً للشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخذه "().

⁽١) راجع الحكم بالجريدة الرسمية الصادرة في ١٦ مايو ١٩٨٥ – عدد ٢٠ – ص ٩٨٤ و ٩٨١ – عدد ٢٠ – ص ٩٨٤ و ٩٨١ ، وكذلك حكميها في ١٩٨٣/١١/٢٣ قضية ١٦ لمنة ١٦ ق. دستورية، وفي ١٩٩٢/١/٢ قضية ١٩ لمنة ١٨ ق. يستورية،

 ⁽۲) راجع في تفاصيل النظام القانوني لهذه المادة والرقابة على تطبيقها، مؤلفنا: لواتح الضرورة سالف الذكر - ص ۱۳۳ وما بعدها - راجع أيضا الأستاذ الدكتور محمد

والإجراءات السريعة المشار إليها في هذا النص تتضمن في تقديرنا القرارات الإداريسة اللانحية التى يلزم إصدارها لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية، وقد أطلقنا على هذه القرارات اصطلاح "لوائح الأزمات الخاصة" تمييزاً لها عن اللوائح التفويضية واللوائح التشريعية والأوامر العسكرية التنظيمية، وكلها يجمعها اصطلاح "لوائح الضرورة"().

وعلى خلاف اللوائح التفويضية واللوائح التشريعية التى استلزم المشرع الدمتورى عرضها على مجلس الشعب لاتخاذ ما يلزم بشأتها، فإن المشرع الدمتورى أثر بالنسبة لإجراءات المادة ٢٤ بصفة علمة أن تعرض على الملطة التأسيسية في استفتاء شعبى لإبداء الرأى بشأتها. ومن ثم يلزم علينا أن نحدد أثار هذا الاستفتاء على الطبيعة القانونية والقوة الإلزامية لإجراءات المادة ٢٤، وعلى الأخص أو أنح الأزمات الخاصة منها.

والأصل أن الاستفتاء الشعبي هو وسيلة تحقيق الرقابة السياسية الشعبية على أعمال السلطة التنفيذية، حيث تعرض مسألة ما على هيئة الناخبين لأخذ الرأى في شأنها عن طريق التصويت.

ويعتبر الاستغناء من الاستغناءات الشخصية إذا كان التصويت على شخص معين كالاستغناء على رئيس الجمهورية إذا كان المرشح الوحيد لذلك^(۲)، بينما يعتبر الاستغناء من الاستغناءات الموضوعية إذا تم التصويت على تصرف أو اقتراح معين كالاستغناء على قاتون أو معاهدة أو اقتراح بها، ومع ذلك فقد يكون هذا الاستغناء في حقيقته من الاستغناءات الشخصية، إذا تعلق ومع ذلك فقد يكون هذا الاستغناء في حقيقته من الاستغناءات الشخصية، إذا تعلق

 ⁽¹⁾ راجع في طبيعة إجراءات المادة ٤٤ وعلى الأخص لوائح الأزمات الخاصة منها مزلفنا: الرقابة على أعمل الإدارة سلف للذكر ... ص ٢٨٧ وما بعدها.

 ⁽٢) يطلق الأسكاذ المكاور ماجد الحلو على هذا الذوع من الاستفتاءات اصمطلاح
 "الاستراآس" راجع مؤلف في الاستفتاء الشبي والشريعة الإسلامية -- ١٩٨٢ - ص ٧٩ وما بعدها -- وراجع في الاستفتاء بصفة عامة.

DENQUIN, Référendum et plebiscite, Essai de théorie générale, 1976.

فى الواقع بصاحب هذا التصرف أو الاقتراح، بحيث إذا أبدى الشعب موانسًه على الراقع بصاحب التصرف، أما إذا كانت على التصرف، فإن ذلك يعد منحاً للثقة فى صاحب التصرف، أما إذا كانت نتيجة الاستفتاء هى رفض الشعب لهذا التصرف، فإن هذا الرفض يعنى حجب الثقة عن صاحب التصرف.

ولذلك يلزم التفرقة بين نوعين من الاستفتاءات الموضوعية: أولهما الاستفتاء التشريعي أو الدستورى وهو الذي يتطق بقبول أو رفض قاعدة عامة مجردة تشريعية أو دستورية، وثانيهما الاستفتاء السياسي ويتطق بمسألة مختلف فيها أو محل للتشكيك في مدى موافقة الشعب عليها ورضائه عنها أو عمن يتولى مسئوليتها(').

وفى رأينا أن الفارق بين الإستفناء الدستورى أو التشريعي والاستفناء السياسي، يتمثل في أن الأول يتميز بأنه ملزم من حيث اجراؤه ونتيجته، في حين أن الثاني ليس وجوبيا في إجرائه أو في نتيجته.

وتأسيسا على ذلك فإننا نعتبر أن الاستفتاء على إجراءات المادة ٧٤ ومن بينها لوانح الأزمات الخاصة، هو استفتاء سياسي يقصد منه الحصول على موافقة الشعب على سياسة وتصرفات رئيس الجمهورية بشأن الأزمة التى استوجبت الالتجاء إلى المادة ٧٤ والإجراءات التى اتخذت تطبيقاً لذلك، أى أن هدفه أو جوهره هو إيداء الثقة في شخص رئيس الجمهورية وتأكيدها بمناسبة سياسته التي اتبعها خلال الازمة.

فالاستقداء المنصوص عليه في المادة ٧٤ وإن كان وجوبياً من حيث اجراؤه إلا أنه ليس كذلك من حيث نتيجته، بدليل أن لمجلس الشعب الحق في مخالفتها، وهو ما جرى عليه العمل فعلا عند تطبيق المادة ٧٤ عام ١٩٧٧،

⁽١) أنظر في التفرقة المشار إليها. الأستاذ الدكتور سعد عصفور: النظام الدستوري سالف الذكر ص ١٦ الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: أزمة الأنظمة الديمة راطية – الطبعة ٢ – ص ٢٠٠. الأستاذ الدكتور محمود حافظ: الوجيز في النظم الميلمية – ١٩٧٦ – ص ١٥٠١.

وبذلك يتخلف الشرط الثاني من شروط اعتباره استفتاءً تشريعياً، ألا وهو شرط أن يكون وجوبي من حيث نتيجته، وبالتالي يعد استفتاءً سياسياً.

يؤكد رأينا أنه من الضرورى أن يعرض في الاستغناء كافة (الإجراءات السريعة) التي اتخنت تطبيقا للمادة ٧٤ سواء ما كان منها عاماً كلوائح الأزمات الخاصة، أو خاصاً كالإجراءات والقرارات الفردية، وذلك على خلاف ما ذهب إليه البعض من أن (ما يتعين عرضه على الاستغناء هو الإجراءات ذات الطابع العام دون الإجراءات الفردية وذلك أنه لا يتصور أن يعرض على الاستغناء العام القبض على شخص أو إيقاف موظف عن عمله أو فصله منه، فتلك أمور ليست بطبيعتها مما يصلح للاستغناء الجدى، وليس من المعقول أن يطلب من بضع ملايين من الأشخاص أن يدلوا برأيهم حول وضع شخص معين تحت الحراسة أو فصله من وظيفته أو ما إلى ذلك) (١٠).

فالواقع أن هذا الرأى يعوزه السند القانوني، والدستور لم يغرق بين الإجراء العام والإجراء الفردى بخصوص هذا الاستفتاء الذى لا يهدف إلى تقرير أى نوع من الرقابة الشعبية على هذه الإجراءات، لذا لا يصبح القول بتغرقة تحكمية قد تؤدى أحيانا إلى زوال الحكمة المستهدفة من هذا الاستفتاء، وهي أخذ رأى الشعب في سياسة وتصرفات الرئيس إبان قيام المظروف الاستثنائية التي دفعته إلى الالتجاء للماذة ٧٤.

وتأسيما على ذلك، فمن الطبيعى أن يعرض للاستفتاء كافة الإجراءات التي اتخذت تطبيعًا للمائدة ٧٤ سواء العامة منها أو الفردية، لأن الإجراءات الفردية قد تكون أشد تأثيرا على الرأى العام من الإجراءات العامة، فالقيض على رئيس مجلس الشعب أو عدد من أعضائه، وإيقاف رئيس الوزراء أو عدد من الرزراء، وفصل رئيس المحكمة النمتورية العليا أو رئيس مجلس الدولة أو رئيس محكمة النقض أو أي عدد من القضاة، هي أمور أشد خطورة وإبلغ أثراً

 ⁽١) الأستاذ الدكتور يحيى الجمل - نظرية المضرورة في القانون الدستوري ص ٢٠٣٠. الدكتور أحمد منحت على - نظرية الظروف الإستشانية - القاهرة ١٩٧٧، ص ١٠٣.

من إصدار قر از بقانون يتضمن تشديد عقوبة أو إعفاء ضريبي، مما يتعين معه ضرورة علم الشعب بها واستفتائه بشأتها وإلا ضاع كل أثر لرقاية الرأى العام

وقد تحقق ذلك فعلاً خلال التطبيق الثاني للمادة ٧٤ في سيتمبر ١٩٨١ حبث تم الاستفتاء على كافة الأجر اءات المتخذة و فقا للمادة ٧٤ و هي احر اءات اتسمت بالطابع الفردي مثل اعتقال بعض الشخصيات العامة، وفصل بعض كبار الموظفين

واستناداً إلى أن طبيعة الاستفتاء الذي نص عليه الدستور في المادة ٧٤، هي أنه استفتاء سياسي و أبس استفتاءً تشر بعبًا، فإن نتيجة هذا الاستفتاء لا بكه ن لما أي أثر لا على الطبيعة القانونية للإجراءات محل الاستفتاء ولا على قوتها القانونية ولا على مشر وعبتها أو صلاحبتها أمام القضباء أو البر لمان

ولذلك ليس صحيحاً ما يذهب إليه جانب من الفقه من (أن شر عية هذه الإجراءات متروكة للاستفتاء الشعبي فإذا وافق عليها تحولت الي اجراءات شرعية بحسب طبيعتها ... باعتبار أن الشعب هو مصدر السلطات ولا معقب على رأيه) (١) بمعنى أن (الاستفتاء من الناحية القانونية بضفى على الإجراء موضوع الاستفتاء حماية معينة مصدر ها أنه يصبح بعد الاستفتاء مستندا إلى إرادة الشعب ... وأنه يمكن تكييف الاستغتاء الشعبي هنا على أنه بديل للرجوع إلى البراميان ... وأنه إذا وافق الشعب على إجراء معين قيام به رئيس الجمهورية فإن معني ذلك استلا القرار إلى الأرادة الشعبية نفسها باعتبار أن تلك الموافقة هي نوع من الإقرار اللاحق أو التصديق) (١).

 ⁽١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي - القرارات الإدارية ١٩٧٦ ص ٣٦٥ - ٣٧٥.

 ⁽٢) الأستاذ الدكتور يحيى الجمل – نظرية الضرورة ص ٢١٠ و٢١٦. ويلاحظ أنه يقرر أن "إرادة الشعب التي عبر عنها في الاستفتاء هي من قبيل إرادة

المشرع العادي لا المشرع التأسيمي" أي باعتباره سلطة تشريعية، و هو ما يغيد حق البرامان في تعديل والغاء هذا الإجراء باعتباره سلطة مساوية في المرتبة لإرادة الشعب كسلطة تشريعية، بالإضافة إلى إمكانية الرقابة القضانية على دستوريتها به اسطة المحكمة الدستورية العليا.

يؤيد ذلك أنه في فيراير 19۷۷ وبمناسبة تطبيق المادة ٧٤ لأول مرة في مصر والذي تمثل في لانحة الأزمات الخاصة الصلارة في صورة القرار بقانون رقم ٢ لمنة ١٩٧٧، فقد نصت المادة العاشرة منه على أنه يعمل بهذا القانون من تاريخ نشره، وهو ما يعنى أن سريان هذه الإجراءات التي وريت بالقرار بقانون لا تتأثر بنتيجة الاستفتاء، حيث نصت المادة ١١ الأخيرة من هذا القرار على أن (يطرح هذا القرار بقانون إعمالا للمادة ٧٤ من الدمتور على الاستفتاء الشعبي خلال أسبوع من تاريخ نشره).

وقد تم فعلاً هذا الاستفتاء بعد أسبوع واحد من اتخاذ إجراءات المادة
٧٤ حيث وافق الشعب باغابية ضخمة عليها، ولا شك أن هذه الموافقة في تلك
المدة القصيرة التي لا تتيح أية فرصة لدراسة قانونية متعمقة، تثبت رأينا في
طبيعة هذا الاستفتاء، إذ لو كان الهدف هو الحصول على موافقة الشعب على
الإجراءات باعتبارها تشريعاً لتركت له الفرصة الكاملة لدراستها خاصة وأن
الدستور يبيح ذلك بتحديده لمدة المعتين يوماً التي يمكن خلالها أن يجرى
الاستفتاء.

ويبدو أن جهة التضاء الإدارى في مصر اتجهت إلى الأخذ بهذا الرأى خلافاً للأراء الفقهية المعارضة لذلك، فقد ذهبت محكمة القضاء الإدارى في حكمها الصادر في 7 ابريل ٢٩٦٩ بشأن استفتاء الشعب على ببيان ٣٠ مارس حكمها الصادر في 7 امرس ليس في مقام الدستور، فهو لا يعدو أن يكون بينا سيمسيا تسترشد به الدولة في تسيير دفة الأمور في فترة ما بعد عدوان سنة ١٩٦٧، وأن موافقة المشعب على هذا البيان لا تعدو أن تكون تأييداً سباسياً للحكومة في الخطوط العامة لسياستها التي سوف تلتزم بها في هذه الفترة ... ومن ثم فإن هذا البيان لا يعد في حد ذاته قاعدة تشريعية تتقيد بها المحاكم، بل

⁽١) القضية رقم ١٦٠١ لسنة ٢٢ق، المجموعة السنوات ٢١: ٢٢ - رقم ٣٦٥ ص ١٧٣.

كما قضت محكمة القضاء الإدارى صراحة في ١٩٨١/١٢/٢ في الدعوى رقم ٢٩٢٦ لسنة ٣٥٠ق باختصاصها بنظر المنازعات في إجراءات المادة ٤٧ حتى ولو تم الاستغناء عليها، تأسيما على أن "دور الشعب في الاستغناء بالنسبة إلى هذه القرارات إنما هو دور سياسي موداه الموافقة أو عدم الموافقة على إصدارها، وليس من شأته التغيير من طبيعتها القانونية أو من مشروعتها، فالشعب يوافق عليها بحالتها عند صدورها، فإذا كانت لها الطبيعة اللانحية قبل الاستغناء، ظلت لها هذه الطبيعة بعده، وإذا كانت قد صدرت غير مشروعة تظل كذلك بعد الاستغناه، فهو لا يطهرها من العيوب، والدور السياسي للشعب في الاستغناه لا ينقلب إلى دور تشريعي يمكن أن يغير من طبيعة القرارات أو من عدم مشروعتها لأن الشعب في مصر لا يمارس حقه في التشريع مباشرة، إنما بواسطة السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية في بعض الأحوال".

وقد أكدت المحكمة هذا الاتجاه القضائي بعد ذلك في حكمها الصادر في المحكمة هذا الاتجاه القضائي بعد ذلك في حكمها الصادر في ١٩٨٣/٤/١٢ في الدعوى رقم ٩٣٤ لمنة ٣٦ق، حيث قضت بأن "موافقة الشعب على القرار المطعون فيه - وهو أحد إجراءات المادة ٧٤ - في الاستفتاء الذي أجرى عليه، لا تغير هي الأخرى من طبيعته كقرار إداري، فهذه الموافقة لا تعنى أكثر من تأبيد القرار سياسيا، فيبقى القرار على طبيعته وعلى حالة من المشروعية أو عدم المشروعية"().

وبدورها أقرت المحكمة الدستورية العليا هذا الرأى صدراحة حيث قضت بأن "قرار رئيس الجمهورية – وهو قرار صدر استناداً إلى المادة ٧٤ من الدستور – لا يعدو أن يكون قراراً إداريا، ولا يحول الاستفتاء الشعبي دون الطعن على هذا القرار أو تطهيره من العيوب التي شابته، إذ ليس من شأن هذا

 ⁽¹⁾ وقد أيد هذا الاتجاء الأستاذ الدكتور ماجد الطو: الاستفتاء الشعبي سالف الذكر – 1947 – ص ٢٧٨ وص ٢٧٩ الله من الدعالات الشعبي المالية المسابقة المسابقة

و الدكتور حسنى درويش عبد الحميد: المادة ٧٤ من النمتور بين النظرية والتطبيق – مجلة العلوم الإدارية – المنة ٢٦ – العدد الأول – يونيو ١٩٨٤ – ص ١٣٥٠

الاستفتاء أن يرد قرارا معدوما إلى الحياة، ولا إسباغ الصحة على قرار ولد باطلاً ولا أن يغير من طبيعته فيلحقه بأعمال السيادة"(١).

خلاصة ما نقدم أن لوائح الضرورة بصفة عامة وإن تمتعت بقوة الزامية تعادل قرة القاتون، إلا أنها لا تعد قوانين من حيث طبيعتها القاتونية، بل تظل عملاً إدارياً حتى ولو تدخلت السلطة التأسيسية وواققت عليها من خلال استغناء شعبى، أو — من بلب أولى — تدخلت السلطة التشريعية وأقرتها بالتصديق عليها، ففي كل الأحوال تبقى اللوانح الصالارة في الظروف الاستثنائية أعمالاً إدارية، تخضع بهذه المثلبة لرقابة القضاء الإداري على مشروعيتها، بصفته الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتصلة بالقرارات الإدارية، بغض النظر عن القوة الإلزامية لها، والتي تثمثل في قوة المعدل الإداري إذا صدرت القرارات في الخوانين في مرتبة تلى القوانين في تدرج القواحد القاتونية، أو في قوة القاتون إذا صدرت القرارات في الظروف الإستثنائية، أي أنها تكون في ذات مرتبة القوانين في قدرج القواعد

ومن هذا المنطلق أعلنا رفضنا التام لما ورد في مسودة مشروع الدستور الجديد المعلنة في اكتوبر ٢٠١٧ والتي وضعتها الجمعية التأسيسية لوضع مشروع هذا الدستور، في نص المادة ١٥٠ منه الذي يقضى بأن "ارئيس الجمهورية أن يدعو الناخبين للاستفتاء في المسائل المهمة للتي تتصل بمصالح الدولة العليا، ونتيجة الاستفتاء مازمة لجميع سلطات الدولة والكافة في جميع الأحوال".

فهذا النص بمثل خطراً داهما مؤكداً على حقوق وحريات الأفراد ويتيع لرنيس الجمهورية انتهاكها والنيل منها والعصف بها والتخفى وراء إرادة الشعب لترسيخ وتكريس الديكاتورية السافرة بغير حماب أو معاملة، فبالرغم

⁽١) حكمها في ١٩٩٢/٣/٧ قضية ١٤ لسنة الق. تتازع.

من أن طبيعة هذا الاستفتاء هي بالقطع الطبيعة السياسية وليست التشريعية، لأن اجراء الاستفتاء غير وجويي، إذ برتبط فقط برغية و هوى رئيس الجمهورية الذي يقدر وحده ودون تعقيب من أحد أن المسألة المطروحة على الاستفتاء هي من " المسائل المهمة التي تتصل بمصالح الدولة العليا"، ومن ثم لا تكون لمثل هذا الاستفتاء سوى بعض الأثار السياسية وليست القاتونية، إلا أن ترتيب المشرع البستوري للأثر الملزم لنتبحة الاستفتاء لحميم السلطات العامة إيما فيها القضاء وعلى الأخص المحكمة الدستورية العلبا) وللكافية من الأفراد والجماعات والتنظيمات وغير ها في المجمتع، فمن شأته تحويل الاستفتاء السياسي إلى استفتاء تشريعي، و هو أمر غير جائز دستورياً، كما أن هذا النص هو في حقيقتة إعادة لإنتاج المادة ٧٤ التي تم حذفها من مشروع الدستور الجديد، ولكن بصورة أكثر بشاعة ومن شأنها عودة الطغيان وخلق الطاغوت، لسبب بسيط يجمع عليه الفقه الحديث، وهو السهولة البالغة في تزوير نتيجة الاستفتاءات التي لا تخضع لأية رقابة حقيقية، وهي التي قد تتحقق في الانتخابات لوجود رقابة من جانب ممثلو المرشحين وهي رقابة مستمرة على عملية الانتخاب وفرز الأصوات وإعلان النتائج، ومن ثم يذهب الفقه الحديث إلى أن الاستفقاءات باتت وسيلة لتزبيف إرادة الشعوب، حتى ولو أشر ف عليها رجال القضاء أو غير هم من الشخصيات العامة النزيهة، إذ أثبت الواقع العملي في مصر وقوع هذا التزبيف والتزوير في كل الأحوال وبشتى الوسائل المبتكرة تحقيقاً إن غية و هو عن رئيس الحمورية.

الفصل الثاني الرتبة الإلزامية للتواعد القانونية غير <u>القننة</u>

أوضحنا سلقا أن القانون – بمعناه الواسع – هو تعيير عن إرادة الدولة، فالدولة ما هي إلا مجتمع سياسي أو مجتمع منظم، ويقول آخر فالدولة هي المجتمع الذي يوجد به القانون أو الذي ينظمه القانون، ولذلك فمن المقرر أنه لا غنى عن الدولة لإقامة القانون، ولا وجود للقانون بغير وجود الدولة، حيث يكون القانون هو النظام الصادر تعييراً عن إرادة الدولة.

ومن هذا بينا سلفا أن مصادر القانون المختلفة لا تعدو أن تكون طرقاً للتعبير عن إرادة الدولة وسلطتها، أو بالأحرى إرادة الشعب الذي يمثل مجتمع هذه الدولة. وإذ يمند الشعب إلى هيئة متخصصة وظيفة من القواعد القانونية عن طريق التشريع، فإن ذلك لا يعنى أن التشريع هو الطريق الوحيد للتعبير عن إرادة الشعب، وبالتالى تتحصر فيه القواعد القانونية، لأن القانون لا يتواجد في التشريع فحسب، وإنما في المجتمع حيث تسوده مقومات أساسية، وحيث ترجد الأعراف والتقاليد وغيرها من القواعد ولو لم تتوافر فيها خصائص القانون.

وعليه يمكن القول أن الدولة أو بالأحرى المجتمع، يعبر عن إرادته بطرق مختلفة، منها طريق التشريع وهو الطريق الذي تتكون عن طريقه الأغلبية الساحقة من القواعد القاتونية الموجودة في المجتمع في الدول الحديثة نظراً لمزاياه الواضحة، من حيث معرعة إقراره ووضوح معناه وسهولة إثباته والعلم به، ومع ذلك فإن هذا لا ينفى وجود طرق أخرى لتكوين القواعد القاند نية وهي نتمثل كما سبق ونوهنا في العرف والقضاء.

فإذا كان التشريع هو طريق تكوين القواعد الدستورية، والقواعد التشريعية أي القانون بمعناه الضيق، والقواعد اللانحية، فإن العرف هو طريق تكوين القواعد العرفية، وكلاهما أى التشريع والعرف تعيير عن إرادة الدولة وإن اختلفت طريقة التعبير عن هذه الإرادة.

كما أن القضاء بما يضعه من حلول قضائية استندا للمبادئ العامة للقانون التي تشكل المقومات الإساسية التي يقوم المجتمع في الدولة عليها، فإنه يمثل بدوره طريقا ثالثا لتكوين القواعد القانونية التي تتبلور في مجموعة المبادئ العامة للقانون على نحو ما سنوضحه فيما بعد.

وعلى ذلك فإن العرف والتشريع والقضاء كلها مصادر مستقلة للتعبير عن هذه الإرادة بطريق عن إرادة الدولة، ويتفق الفقه على أن التشريع هو تعبير عن هذه الإرادة بطريق النصوص المكتوبة، ولذلك يتم تعريف القواعد القانونية الأخرى غير المعتنة أو بمعنى آخر غير المصاغة في صورة نصوص تشريعية، بأنها قواعد قانونية غير مكتوبة، وهو في الواقع تعريف سلبي مستمد من عكس الصفة الموجودة في التشريع.

ومع تسليمنا بهذا النقد، فإن وصف القواعد القاتونية الأخرى - خلاف القواعد التشريعية - بأنها قواعد غير مكتوبة، هو وصف ينقصه الدقة، إذ من المتصور كتابة هذه القواعد القاتونية الأخرى، حيث يمكن مثلا تجميع القواعد المرفية بعد الإعلان عن وجودها، كما يمكن استخلاص وتحديد المبادئ العامة للقانون من الأحكام القضائية وهي أحكام مكتوبة من الأصل. ولذلك فإننا نفضل أن نطلق اصطلاح "القواعد القاتونية غير المقننة" على القواعد العرفية التي مصدرها القرف، والمبادئ العامة القانون التي مصدرها القضاء، الدلالة عليها المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون ولقواعد العرفية في تدرج القواعد المرتبة الإلزامية المبادئ العامة للقانون وللقواعد العرفية في تدرج القواعد التونية، وهو ما نتتاوله تفصيلا في المبحثين التاليين.

البحث الأول البادئ العامة للقانون

المبادئ العامة للقاتون – أو المبادئ القاتونية العامة كما يشار إليها كذاك⁽¹⁾ – هي مبادئ غير مقنة يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القاتوني في الدولة، ويقررها في أحكامه باعتبارها قواعد قاتونية ملزمة, وعلى هذا الأساس تعتبر هذه المبادئ من عناصر المشروعية، بحيث يتحتم على الملطات العامة الالتزام بها، وتعتبر الأعمال الصادرة عنها بالمخالفة لأحد هذه المبادئ باطلة لخروجها على مبدأ المشروعية.

ويعود الفضل في ظهور ونشأة هذه المبادئ إلى مجلس الدولة الفرنمى الذي كان له الدور الأكبر في تقرير المبادئ المامة في أحكامه العديدة، حيث بدأ يعمل على استخلاصها منذ نشأته، وإن كبان لم يعلن صراحة عن قوتها الإنزامية باعتبارها مصدراً المقانون إلا بعد الهزيمة التي لحقت فرنسا عام عنه 19 وانهيار الجمهورية الثالثة نتيجة الغزو النازى الألماني، وما استتبع ذلك من انهيار ما كان مستقرا فيها من مبادئ دستورية، ولذلك لم يكن أمام مجلس الدولة الفرنسي إلا أن يلجأ إلى إنشاء نظرية متكاملة للمبادئ القانونية العامة لتصل محل المبادئ المنهارة، دفاعاً عن الحقوق والحريات العامة وإجبار الإدارة في ذلك الوقت على احترامها باعتبارها مصدراً المقانون و عنصراً المدادة وم عنه الدولة الفرنسي على نقر بر المبادئ المانية و المبادئ

Les principes généraux du droit.

⁽١) الاصطلاح الفرنسي المقابل للمبادئ العامة القانون هو:

⁽²⁾ RIVERO, Le juge administrative un juge qui gouverne. D. 1951. 21. LETOURNEUR. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du C. E., E D. C. E. 1951. 22. JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, 1954, p. 164. MORANGE, Les principes généraux du droit sous la Ve République, R. D. P. 1960. 1188.

العامة للقانون صراحة في أحكامه باعتبار ها قواعد قانونية ملزمة يتعين على الإدارة احترامها وإلا عنت أعمالها المخالفة لهذه المبادئ غير مشروعة^(١).

وبالرغم من عودة الحياة الدستورية لفرنما واستقرار الأوضاع فيها على أثر صدور دستور أكتوبر 1927. فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يغير من هذا المسلك الذي كان يهدف من ورائه إلى الدفاع عن الحريات والحقوق الفرية، وذلك حرصاً منه على حماية هذه الحريات وتلك الحقوق دوماً، خاصة مع ازدياد مجالات تنخل الدولة في ذلك الوقت أخذا بالمذاهب الاشتراكية.

ومن أمثلة هذه المبدئ: مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، ومبدأ حرية التجارة والصناعة، ومبدأ حجية الشئ المقضى به، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ومبدأ حرية العقيدة، ومبدأ عدم الجمع بين العقوبات، ومبدأ كفالة حقوق الدفاع ومبدأ ضرورة التجريم ومبدأ تناسب العقوبة ومعقوليتها ومبدأ لمزوم الإجراء الضبطى، ومبادئ دوام سير المرافق العامة والمسلطات العامة بانتظام واطراد.

ومن الملاحظ أن المبادئ العامة للقانون تبرز دائما في أعقاب الأزمات العنيفة التي تهدد القانون واستقراره وثباته، إذ أن رد الفعل الذي يحدث نتيجة أي اضطراب تشريعي، هو اتجاه القضاء إلى المبادئ العامة لتحقيق الاستقرار وكفالة الأمن الذي تتطلبه الحياة الاجتماعية من القانون، ومن ثم يمكن القول أن دور المبادئ العلمة للقانون يكون أكثر بروزا وفعالية في أوقات الأزمات التي تتسم بعدم الاستقرار المبامي والتشريعي(").

 (٢) الدكتور محمد عصفور: هذاهب المحكمة الإدارية الطيا في الرقابة والتفسير والابتداع _ ١٩٥٧ _ ص ٣٦٠.

⁽¹⁾ C. E. 4 juin 1948, Sieur Bourdariat, L. 249. C. E. 22 Mars 1950, Société des Ciments Français, L. 175.

وتجدر الإشارة في هذا الصند إلى انه بموجب الإعلان الدستورى الذي صدر في مصر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣٠ في أحقاب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١، ليطبق بديلا لدستور ١٩٧١ الذي تم وقف العمل به، فقد نصت المائتين (٥١) و(٥٧) ٧) على أن ينظم القانون القضاء العمكرى ويبين لختصاصاته "في حدود المبلائ الدستورية"، وأن-

كما أنه من الملاحظ بحق أن دور المبادئ العامة للقانون يكون أكثر تأثيراً في الدول الشمولية عنها في الدول الديمقر اطبية، سواء على المشرع أو على القاضي (1).

وتحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون يستلزم أو لا فهمها على الوجه الصحيح، ولذلك يتعين علينا أن نعرض - بليجاز - لمصدر المبادئ العامة للقانون وأساميها أو لا ثم نحدد دور القضاء بصدد تكوين هذه المبادئ، وأخيراً نوضح رأينا بصدد المرتبة الإلزامية لهذه المبادئ على ضوء ما يسبق ذلك من دراسة.

المطلب الأول أساس المبادئ العاملة للقانون

نوهنا إلى أن القضاء هو الذي يعمل على استخلاص وتقرير المبادئ العامة للقانون في أحكامه، وتطبيقها على المنازعات التي تطرح أمامه إذا كان لذلك مقتضى، مما يعنى أن هذه المبادئ موجودة فعلا حتى ولو لم تكن مكتوبة أو مصاغة في صورة نصوص تشريعية، ولذلك يثور التماؤل عن الأساس الذي يستند إليه القضاء للإعلان عن وجود هذه المبادئ والكشف عنها في أحكامها.

وفى ذلك يذهب الفقه إلى القول بأن أساس المبادئ العامة القانون إنما يتمثل فى ضمير الجماعة والروح العامة للتشريع، حيث يستقى منها القصاء المبادئ العامة، مستمينا فى ذلك بالقواعد القانونية القائمة وأسس نظام الحكم فى الدولة ووثائقها القانونية والسياسية التى تتضمن الخطوط العريضة والاتجاهات

حيتولى مجلس الوزراء عقد القروض ومنحها "وفقاً للمبادئ المستورية"، بما مفلاه التزام الملطنين التشريعية والتنفيذية بالمبادئ المشار اليها رغم عدم النص عليها في المستور أو أية وثيقة أخرى تقوم مقامه.

⁽١) راجع في هذا المعني:

MAURY J., Observations sur les modes d'expression du droit: régles et directives, M. Lambert, II, 1938, P 428.

العامة السياسية للدولة، بحيث تكون المبادئ القاتونية العامة بمثابة تفسير من جانب القضاء للضمير العام للجماعة والإرادة المشرع(").

والحقيقة أن هناك رايطة وثيقة للغاية بين المبادئ العامة للقاتون وبين الفلسفة العامة السائدة في مجتمع الدولة، والتي يسميها جانب من الفقه "الفكرة العامة للوجود"(").

فالمبادئ العامة للقان إنما تبلور الأفكار والأسس والقواعد التى تمثل مقومات المجتمع الفكرية والقلعية في شتى المجالات المياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية. فهي تعبر إذن عن التصور العام للحياة في مجتمع معين والتي تؤدى إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية التي تنظم ساوك الاشخاص في هذا المجتمع تعييراً عن إرادة التشريع فيه.

والمبادئ العامة للقانون هي في الأصبل مصدر مادي أو موضوعي للقانون، فهي تختلف عن مصادر القانون الأخرى في أنها تمبيق خلق القواعد القانونية الوضعية التي تعبر عن إرادة الدولة، إذ تمهد لهذه الإرادة الطريق الذي تعبر به عن نفسها، فمنها يمتوحي المشرع القواعد والأحكام التي يضمنها التشريعات التي يسنها، وفيها يجد القاضي الحل العادل النزاع إذا لم يعشر على قاعدة في التشريع يمكن تطبيقها على النزاع.

غير أن طبيعة المبادئ المائمة للقانون تتغير عندما يمتقبلها المشرع في نصوص القانون أو الدستور مثلا، وعندما يرجع القاضى إليها ويقررها في لحكامه ويستند إليها في تحديد القواعد القانونية اللازمة لحل المنازعات أملمه، فينا تتحول المبادئ العامة القانون إلى مصدر رسمي القانون، حيث تغدو

 ⁽١) الأستاذ الدكتور محسن خلول: المرجع السابق في القضاء الإداري -- ص ٥٦ -- ٥٧.
 الأستاذ الدكتور كامل لبلة. المرجع السابق -- ص ٤٨.

AURY - DRAGO. Traité de contentieux adminstratif, 2e. éd., 1975, t. II, P.

WALINE, Droi Adminstratif, 9e éd., P. 468.

 ⁽٢) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق .. ص ٩٢ و ٢٤٧ و ٢٥٣.

المبادئ العامة من القواعد التشريعية في الحالة الأولى، وتعد مصدراً مستقلاً ومتميزاً في الحالة الثانية.

و هكذا يمكن القول أن المبادئ العامة القانون إنما تتمثل في إرادة التشريع التي تتأسس على القلمة العامة السائدة في النولة، وتتواد عن مقومات المجتمع الفكرية والقلمفية، هيث يمتهدى بها المشرع والقضاء فيما يقومان به من خلق القواعد القانونية ()

ولا ريب في أن المقومات الأساسية المجتمع، تختلف من دولة لأخرى، ومن زمان لأخر, ولذلك فإن الفقه الترنسي يرى أن المجتمع الترنسي يقوم على أساس الثقاليد اليونائية الرومائية المسيحية ⁽⁷⁾.

أما المقومات الأساسية للمجتمع في مصر فلها تتبلور في الإيسان به الله ويرسله، والمبادئ الأخلاقية الساسية، والقيم والتقالد الأصيلة للأسرة المصرية، والتربية الدينية والتراث التاريخي الشعب، والحقائق الملمية، والمدل المطلق والحرية الشخصية للمواسلتين وحرمة حياتهم الفاسسة، وغير نتلك من الأسس الأخرى التي يقوم عليها المجتمع المصرى والتي قد يهتم المشرع المستورى بتحديد البعض منها في الدستور مثل الأبواب الأربعة الأولى من دستور

ومن أهم النتائج الرئيسية للمترتبة على ما تقدم أن المبلدي التى يمكن استخلاصها من الرمالات السمارية، وبصفة خاصة مبلدي الشريعة الإسلامية، تعتبر من المبلدي العامة المقانون في مصر^(٣)، بل أن المشرع الاستورى بتكفله في ماير ١٩٨٠، والنص على أن مبلدي المادة ٢ من نستور ١٩٧١، والنص على أن مبلدي الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي التشريع، فإنه بذلك ألزم المشرع -- ومن

RIVERO, op. cit., D. 1951, P. 22.
 M. HAURIOU, Précis de droit constitutional, 2e éd., 1929, S, Paris, P. 224

ثم القضاء - بأن تكون لمبادئ الشريعة الإسلامية الأولوية في التطبيق من بين المبادئ العامة للقانون في مصر، وهو الأمر الذي منزيده تفصيلاً لاجقاً.

المطاب الثَّائي دور القضاء في تعديد البادئ العامة للقانون

الأصل أن القضاء – في غير الدول التي تأخذ بنظام المبوابق القضائية - يختص بتفسير القانون وتطبيقه على المفازعات التي تعرض أمامه، دون أن يتجاوز ذلك إلى إنشاء القواعد القانونية بنفسه، وهي المهمة التي توكل وفقاً لمبذأ الفصل بين الملطات إلى الملطة التشريعية.

بيد أنه نظراً لأن القواعد التشريعية يشويها النقص حتما باعتبارها عملاً إنسائياً لا يمكن أن يتصف بالكمال، فإنه من المتصور أن تعرض منازعات لا يكون لها حكم في التشريع أو في مصلار القانون الوضعي الأخرى، ومع ذلك فإنه يتعين على القاضى أن يفصل في النزاع ولا يتهرب من الحكم فيه بحجة عيم وجود نص يمكن تطبيقه، وإلا فإنه يكون قد ارتكب جريمة إنكار المدالة، ويكون أيضا قد خرج على مقتضى وظيفة، وهي أن يحكم بالعدل، فهي وظيفة يلزم أن يباشرها القاضى دوماً حتى ولو لم يجد نصا في القانون يمكن تطبيقه.

والقاضى عندما يحكم بالعدل فى نزاع لا يوجد بشأته حكم فى قواعد القانون، فإنه يستوحى فى الواقع نفس المرجع الذى يستهدى به المشرع فى ويضع القوانين، ومن ثم فهو يقرر الحكم الذى يتعين على المشرع أن يتبذاه لو يضع القوانين، ومن ثم فهو يقرر الحكم الذى يتعين على المشرع أن يتبذاه لو المسرع، وأنهما فى كل الأحوال يستلهمان ذات المصدر ليستمد منه المشرع قواعده التشريعية، وليستخلص منه القاضى المبلائ العلمة فيكشف عنها ويطن عن وجودها فى الحياة الاجتماعية إقراراً منهما يذاتية القوانين، بمعنى أنها دفينة فى نفوس الجماعة وليست مقروضة عليها، وأن دور المشرع ومن ورائه فى نفوس الجماعة وليست مقروضة عليها، وأن دور المشرع ومن ورائه القاضى الرابعكس ما هو كامن فى ضمير المجتمع من مبادئ عامة خالدة

ضرورية ومستقرة في عقول الجماعة، ومن ثم تعتبر هذه المبادئ قواعد عامة تطبق على جميع الحالات المستقبلية، وهو ما يتحقق إذا استقر القضاء في مجموعه على الأخذ بما قضى به الحكم الأول في المنازعات المماثلة.

أما إذا قام القاضى بإنشاء حل قضائى لنزاع معين، دون رجوع إلى ما يتخذه المشرع دليلاً له عند وضع القواعد القانونية، وذلك وفقاً لظروف النزاع وبحسب ما يعتقده القاضى، فإن ما يصدر عنه الفصل فى هذا النزاع يكون بمثابة حكم فردى ولا تكون له حجية إلا بالنسبة لهذا النزاع الذات، وبالتالى لا يدخل ضمن المبادئ العامة للقانون وإنما يعد من الحاول القضائية (أ).

والخلاصة أن للقضاء أن يكمل النقص في التشريع، وذلك بوضع الحاول العادلة للمناز عادى، وهذه الحلول تؤدى إلى إنشاء قواعد قاتونية تتمثل في المبادئ العامة للقاتون، التي يعتنقها القضاء ويتولى استخلاصها من ذات المراجع التي يستمد منها المشرع أحكامه، ومن ثم فهو يكشف عن وجودها باعتبارها قواعد قاتونية ملزمة مثل غيرها من مصلار القانون الوضعى، حيث يستقى القضاء هذه المبادئ كما نوهنا سلفاً من ضمير الجماعة والروح العامة للتشريع بمعنى أن المبادئ العامة القانون إنما تظهر نتيجة تفسير القضاء للضمير العام للجماعة والإرادة المفترضة أو الضمنية للمشرع والتي تمثل إرادة التشريع، ميما في حالة عدم وجود نص تشريعي صريح يمكن الفصل في المنازعة القائمة على مقتضاه.

ومن هنا اعتبرنا أن القضاء – بما يقرره من مبادئ علمة للقانون – هو مصدر رسمى للقانون، وهو أمر لا خلاف عليه بين فقهاء القانون العام وجهة القضاء الإدارى فيما يتصل بمصادر القانون الإدارى(٢)، كما أن جانباً كبيراً من

⁽١) الدكتور محمود طمى: المقالة سالفة الإشارة -- ص ١٨٢.

⁽²⁾ EISENMANN, Discussion sur le rôle du juge en cas de Silence ou d'unsuffisance de la loi, Travaux Capitant, 1949, P. 73.

فقه القانون الخاص يعترف أيضاً بالقضاء كمصدر من مصادر القانون بصفةً عامة (١)

وإذا قلنا أن القضاء هو مصدر رسمى للقانون بما يضعه من مبادئ عامة للقانون، فإننا نقصد بذلك جهتى القضاء – بالنسبة لمصر وفرنسا – أى القضاء الإدارى وأبضا القضاء العادى، فليس صحيحا أن العبادئ العامة للقانون هي من وضع القضاء الإدارى فقط (١٠) إذ أن القضاء العادى يشارك أيضا في استخلاص واستنباط هذه المبادئ والكشف عنها، كل ما في الأمر أن دور القضاء الإدارى في هذا الصدد أكثر بروزاً ووضوحاً لأسباب ترجع إلى بعض خصائص القانون الإدارى، مما جعل فقه القانون العام يرى أن القانون الإدارى هو قانون قضائى، حيث يشغل القضاء بين مصادر القانون الإدارى المركز المرموق الذي يشغله التشريع بالنسبة للقانون المدنى.

ولذلك فمن الملاحظ فى الكثير من أحكام محكمة النقض المصرية، وهى على قمة جهة القضاء الحادى، قولها "وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ..." مما يعنى أنها نستند فى أحكامها إلى قضائها المستقر وما يتضمنه من مبادئ باعتباره قانونا واجب التطبيق.

المطلب الثالث القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون

إذا كان من المستقر عليه أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بقوة الزامية بوصفها من القواعد القانونية التي تدخل ضمن عناصر المشروعية التي يتكون منها التنظيم القانوني للمولة، إلا أن تحديد المرتبة الإلزامية لهذه المبادئ هو أمر

(٢) الدكتور محمود حلمي: مقالته سالغة الإشارة -- ص ١٨١.

⁽١) الأسئاذ الدكتور معير تناغو: المرجع السابق -- ص ٥٠٠ وما بعدها - وراجع ما أشار اليه من مراجع فرنسية عديدة فى فقه القانون الخاص بهوامش ٤٣٩ : ٤٤١ - كما تراجع فى هذا الموضوع رسائته للدكتوراه: الالتزام القضائى -- المنشورة فى باريس عام ١٩٦٥ فى مجموعة (. J. G. D. J.)

كثرت فيه الاتجاهات والأراء نظراً لاختلاف الفقه في تحديد أساس هذه القوة المازمة.

١- أساس القوة الملزمة للميادئ العامة للقانون:

أ- يتجه البعض إلى القول بأن المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها الإلزامية من ورودها في إعلان حقوق الإنسان أو مقدمات المساتير.

غير أن هذا الاتجاه ليس صحيحا بصورة مطلقة، لأن أحكام القضاء الفرنسي في هذا الشأن تتضمن تقرير كثير من المبدئ التي لا أثر لها في مقدمة الدستور أو إعلان الحقوق، مثل مبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة، ومبدأ كفالة حق الدفاع في المحاكمات التاديبية، ومبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، علاوة على أن مجلس الدولة الفرنسي يرى أن ما يرد في هذه الوثائق من مبادئ، إنما هو تسجيل لبعضها، وعليه فهي لا تصلح أساساً لهذه المبادئ التي تسبقها في الوجود().

 ب- ويتجه فريق آخر من الفقهاء إلى اعتبار القانون الطبيعي مصدراً للقوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون^(۱).

ولكن هذا الاتجاه بدوره يصطدم برفض القضاء الفرنسى تأسيس قوة هذه المبادئ على فكرة القانون الطبيعى، حيث يتجه القضاء إلى تغليب القوانين التي يضعها البرلمان على تلك المبادئ في حالة تعارضهما، ولو أنه كان يعتد بفكرة القانون الطبيعى لأدى ذلك إلى رفض تطبيق القوانين المخالفة المبادئ العامة باعتبارها مخالفة القانون الطبيعى.

 ⁽١) الأستاذ الدكتور كامل ليلة – مبادئ القانون الإدارى – الجزء الأول – مقدمة القانون الإدارى ٦٦/ ١٩٦٩ ص ٤٨٠.

 ⁽٢) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف - رقابة القضاء لأعمال الإدارة - ١٩٧٠ - ص ٣٣.

ج- يتجه الرأى الغالب فى الفقه (أ) إلى أن قوة إلزام المبادئ العامة لا ترجع إلى ارتباطها بمصدر مكتوب القاتون مثل التشريعات، أو غير مكتوب له مثل العرف، فهى قائمة بقوة إلزامها فى غياب النص، وقوتها مستقلة عن كافة عناصر المشروعية الأخرى، ولذلك تستمد هذه المبادئ قوتها من سلطة القضاء ذاته، الذى يكتشفها ويقررها فى أحكامه، وخاصة القضاء الإدارى الذى استقر الفقه على الإعتراف له بدور إنشائى للقواعد القانونية فى سبيل القيام بمهمته وأداء واجبه فى حماية الحقوق والحريات.

و هكذا يتمثل مصدر القوة الإلزامية للمبادئ العامة في القضاء وحده، وهو لا يفعل ذلك إلا على أسلس افتراض أنه في تقريره لهذه المبادئ، إنما يحل محل المشرع ويقوم بما كان يجب على المشرع القيام به إذا ما رغب في الإفصاح عن إرانته وتنظيم الموضوع الذي قرر القضاء بشأنه مبدأ عاماً.

فالمشرع في دولة معينة عندما وضع تنظيما قانونيا لمسألة ما، لا يقوم بدنك دون ضبوابط، وإنما يفعل ذلك في إطار التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي القائم في الدولة عند وضع التنظيم، وهذا الإطار محدد بمجموعة من المبادئ تمثل حالة التطور والمدنية التي وصلت إليها هذه الدولة، وهي مبادئ اعتاد المشرع الرجوع إليها واتخاذها دليلاً ومرشداً له عند وضع النصوص القانونية أ، ولذلك فإن القضاء يعمل على استنباط هذه المبادئ لحل المناز عات على أساسها سيما في حالة عدم وجود نص تشريعي صريح يمكن الفصل في الذراع القائم على مقتضاه.

د- وقريب من ذلك ما يذهب إليه البعض من أن الأساس الحقيقي للقوة الإاز امية المبادئ القانونية العامة هو سلطة القضاء في استخلاص الإرادة

(٢) الدكتور محمد كامل أيلة _ مقدمة القانون الإداري - ص ٤٨٢.

AUBY – DRAGO – op. ct., p. 342. CHAPUS, De la soumission au droit des règlement autonomes, D. 1960, 124. RIVERO, op. cit., p. 71.

CHAPUS, De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règle jurisprudentielles en droit administratif, D. 1966. 99.

الضمنية أو المفترضة للمشرع^(١) ومن ثم وضع المبادئ العامة باعتبار ها من القواعد القانونية الملزمة، ومن هنا يبدو دور القاضى فى إنشاء القواعد القانونية جلياً، وهو الأسلس الذى نراه سليما فى تقديرنا.

٢- المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون:

يعتبر تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة من الأمور التي ما زالت معاز الت مماز الت المقهى الشديد. فقد ذهب الفقه والقضاء في فرنما - قبل سريان دستور ١٩٥٨ على الأخص - إلى أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بمرتبة الإزامية تعادل قوة القانون، مما يعنى ضرورة التزام الإدارة باحترامها عندما تمارس سلطتها اللانحية، حيث تعلو المبادئ العامة للقانون اللوائح الإدارية في تدرج القواعد القانونية، في حين يكون للمشرع أن يخالف بما يضعه من قواعد تشريعية عادية هذه المبادئ ما دام يملك الحق في الغاء التشريع أو تعديله ".

ويرجع السبب في الاعتراف لهذه المبادئ بقوة القانون فحسب إلى المنادئ بقوة القانون فحسب إلى المناع القضاء الفرنسي عن النظر في دستورية القوانين التي تعلوها عموما، إذ لا يتصور أن يبحث القضاء في مدى مطابقة القوانين للمبادئ العامة في مثل هذه الظروف، حيث لا يستساخ أن يمنثل القاضى للقانون الدى يخالف المبادئ العامة.

بيد أنه بعد صدور دستور ١٩٥٨ الحالى في فرنسا، اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن للمبادئ العامة للقانون في ظل هذا الدستور قوة قانونية أعلى

⁽¹⁾ WALINE, le pouvoir normative de la Jurisprudence, M. Scele, P. 624.

⁽²⁾ JANNEAU, op. cit., P. 164.

WALINE, Article cité, R. D. P. 1959 - 712.

LETOURNEUR, Article cité, E. D. C. E., 1951, 24.

DE LAUBADER, Droit Adminstratif, 6 éd., 1973, P. 247. VEDEL. La soumission de l'Adminstration à la loi.

مقالة منشورة في مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٢٢ - عدد ١ و٢ - ص ٩٣.

C. E. 16 Déc. 1940, Simonet, L. 553.

C. E. 10 Fev. 1950, Sornin De Leysatm, L. 102.

C. E. 9 Mars 1951, Société des concerts du conservatoire, L. 151.

من التشريع، أى قوة دستورية، تأسيساً على أن القضاء يستخلص هذه المبادئ عادة إما من مقدمات الدستورية، تأسيساً على أن القضاء يستخلص هذه المبادئ عادة إما من مقدمات الدستورى الذي له الطبيعة الحال قوة الدستورى الذي له ذات المرتبة الدستورية، ولأن الإبقاء على الرأى القاتل بأن المبادئ القانونية العامة ما هى إلا تأصيل القواعد التشريعية، وأن قوتها لذلك تعلال قوة القانون ... يؤدى إلى بضعاف الرقابة القضائية إلى درجة بالخة على اللوائح المستقلة – التي غدت الأصل في التشريع بينما أصبح نطاق القانون محدد على سبيل المحصر وفقاً الممادة ٣٤ والمادة ٣٧ من الدستور – حيث أن يمكن مراقبة هذه اللوائح من نلحية الموضوع إلا إذا خالفت صراحة أحكام مقدمة الدستور أو النصوص التي تحيل عليها، في حين أن هذه المقدمة لا تقرر الكثير من تلك المبادئ صراحة، أما إذا اعترف مجلس الدولة للمبادئ العامة للقانون بقوة قانونية تعلو على القانون، أي بقوة الدستور، فإنه بذلك يتمكن من تحقيق رقابة فعالة على اللوائح المستقلة، إذ في هذه الحالة يتحقق خضوع الإدارة المبادئ العامة للقانون! .

وكما هو واضح من هذا الرأي، فإن الدافع الرئيمى لهذا الاتجاه هو التخوف من انفراد السلطة التنفيذية بالتشريع في غير الموضوعات المحددة للقانون، وذلك عن طريق اللوائح المستقلة، حيث كان الفقه غداة صدور دستور 190۸ الحالى الذى تضمن هذه التغييرات في مجال تحديد نطاق القانون واللائحة، يتخوف من احتمال تعمف الإدارة بهذه السلطة اللائحية في غياب القواعد التشريعية ضد حقوق وحريات الأفراد، ولذلك أيد جاتب من الفقه هذا الرأي(⁷⁾، في حين انتقده أخرون، على أساس أنه لا توجد حاجة لإعطاء

⁽¹⁾ VEDEL, Droit Adminsitratif, 1964, P. 202 -éd. 1968, P. 250.

⁽²⁾ DE SOTO, La loi et règlement dans la Constitution de 1958, R. D. P. 1959, 295.

WITOMSKI, Le contrôle juridictionnel des règlements autonomes, thèse Caen, 1968, p. 198.

AUBY - DRAGO, op. cit., p. 344 t. II n 1161.

ROCHE, Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence, A. J. D. A. 1962, 532.

المبادئ القانونية العامة قوة تعلو فى الزاميتها قوة القانون، لأن اللوائح المستقلة ما تزال كغيرها من اللوائح تعتبر من القرارات الإدارية التنظيمية التى ما تزال فى مرتبة أدنى من القانون، وذلك بالإضافة إلى أن هذا الرأى يؤدى إلى خلق تفرقة ضارة بموضوع له طبيعة واحدة وخصائص واحدة حيث تتمتع المبادئ المستوحاة من الأصول الدستورية بقوة الدستور بينما تتمتع تلك المستوحاة من روح التشريع العادى بقوة القانون(1).

ولذلك قرر بعض الفقهاء أن المبادئ العامة للقانون لم تزل تعادل قوة القانون أبينما ذهب أحدهم إلى أن القوة القانونية لتلك المبادئ أقل من قوة القانون وأعلى من قوة اللائحة، وأن ذلك لا يؤثر على خضوع اللوائح المستقلة المخالفة لها لرقابة القضاء الإدارى الذي يستطبع الغاء اللائحة في هذه الحالة أ)

ويؤيد القيمة الدستورية للمبادئ القانونية العامة من الفقه المصرى: الأستاذ الدكتور عبد ١٣ ، ٤ ص ١٥٠ عبد الحمير من المنة ٨ – عدد ١٣ ، ٤ ص ١٥٠ عبد الحمير من ١٥٤ مين من ١٥٤ مين من ١٥٤ مين من ١٥٤ مين المنق أم صدد عمل الأقل المنتجة المنتحة المنتجة المن

⁽¹⁾ RIVERO, Droit Adminstratif, op. cit., 7e éd. P. 77.

^{(2),} DE LAUBADERE, Droit Adminstratif, 6e éd. 1973, p. 247.
ومن الفقه المصرى الأستاذ المكتور محمد كامل ليلة – مقدمة القانون الإنرى سالف الذكور من 49 و الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى – القضاء الإدارى – الطبعة الرابعة 1979 – ص ٥٣٥، والدكتور محمود حلمى: المقالة سالغة الذكر – ص 191.

⁽³⁾ CHAPUS, Article cité, D. 1960. 119.

ومن الفقه المصرى الأستاذ الدكتور محمود حافظ، المرجع السابق، ص ٤٠. والدكتور كمال أبو العيد – مقالته سالفة الذكر – المحاماة المنة ٥٩ – عدد ١٠ ٢ ص ٧٠.

وفى اتجاه مختلف ذهب فقيه آخر (١) إلى أبعد من ذلك حيث قرر أنه بصدد العلاقة بين اللوائح الممتقلة والمبادئ العامة للقانون، ليس من المتصور وجود مثل هذه المبادئ إلا في طائفتين:

الأولى: هى تلك المبادئ المستمدة من إعلان الحقوق فى ١٧٨٥ ومن مقدمة دستور ١٩٤٦، وهى مبادئ تتمتع بالقيمة النستورية، ويضمن القاضى خضوع الإدارة لها مع احتمال قيام القانون بمخالفتها ومن ثم اللائحة.

والأخرى: هى تلك المستخلصة من اللوائح المستقلة ومن القواتين الصادرة قبل ١٩٥٨ فى نطاق اللائحة المستقلة الآن، وهى طائفة نشأت نتيجة صدور دستور ١٩٥٨ طبقاً للمواد ٣٤، ٣٧، وقيمة هذه المبادئ هى قيمة اللوائح المستقلة، فهى تعبر عن إرادة المسلطة اللائحية ولذلك فإنها لا تقيد من يمارس هذه المسلطة، وإن كانت تفرض على كافة المسلطات الإدارية الأخرى الاتل مرتبة من السلطة المختصة بوضع هذه النصوص.

بيد أن غالبية الفقه الفرنسى المعاصر بتلاقى اليوم على الإقرار بأن المبادئ العامة للقانون مرتبة إلزامية تعلو مرتبة القانون الصادر عن السلطة التشريعية، وتصل إلى مرتبة المستور ذاته باعتبارها المبادئ الكبرى التي تمثل الفلسفة الميامية للأمة، والتي يتأسس عليها نظامها القانوني منذ قيام الثورة

MORANGE, Une catégorie ambigué, Le principe général de droit, R. D. P. 1977, 761.

ويرى هذا الفقيه أن المبادئ المستمدة من القوانين تقتصر وفقاً المستور 400 معلى موضوعات المادة ؟ اقتطر وبالتالي فهي لا تتماق بنطاق اللاتحة المستقلة، وفي تقدير الفتية أن نذلك الأمر قد تصبب في تقلص دور المبادئ القانونية العامة إلى حد كبير وخلصة بصدد احتمال ظهور مبادئ قلاونية علمة جديدة، حيث لن تظهر هذه الطافة من المبادئ إلا في تعلق موضوعات م 70 أي في نطاق اللائحة المستقلة، لأن الدستور منع كل تدخل نطاق موضوعات م 70 أي في نطاق اللائحة المستقلة، لأن الدستور منع كل تدخل نطاق موضوعات م 70 أي في نطاق اللائون في هذا اللطاق، فإذا كان القانون لا يمكنه ذلك صراحة، فإنه لا يستطيع ذلك ضمناً أي عن طريق المبادئ القانونية المائة. ونشير في النهاية إلى أن هناك في الفقة المسرى من ينكر كل قيمة قانونية المهاة. ونشير في النهاية إلى أن هناك في المعيد المباد – رسالته سافة الذكر ص 10 ع – 80 أ

الغرنسية، بحيث يجوز القول بأن نساتير فرنسا وتشريعاتها تفصح عن اعتناقها لهذه المبادئ التى أنت إلى إعلاء دولة القانون وأملت الشروط والقواعد الممتورية التى كفلت قيام الدولة القانونية

رأينًا في تَعديد الرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانين: __

فى تقديرنا أنه يجب الاعتراف المبادئ العامة القانون بمرتبة تعلو على قوة القانون دون أن تصل إلى مرتبة الدستور، لأنه إذا جاز الدستور أن يخالف بنصوصه الصريحة تلك المبادئ نظرا لأنها لم تعد تثفق مع ظروف المجتمع مثلا، فإنه لا يجوز أن يكون المبادئ العامة ذات الأمر، ومن ثم فلا يمكن الماضى أن يهدر قواعد الدستور الصريحة بحجة أن المبادئ العامة القانون أن تخالفه — لاحقا – باعتبارها في نفس قوتها.

ومن ناحية أخرى فإن هذه المبادئ تعلو في قوتها على القوانين لأنها لابد وأن تقرض على كافة السلطات التي أسسها الدستور دون تعييز، وإذا كان من السهل فرض احترام المبادئ المستمدة من أحكام الدستور أو مقومته عليها، فإله يجب أن تتمتع المبادئ المستمدة من أحكام القوانين أوضاً بذات الاحترام وخاصة على السلطة التشريعية إذ لا شك أن إقرار القضاء لتلك المبادئ يعنى أنها غنت من الأسس التي تنظم حياة أفراد المجتمع ويالتالي فإنها تصبح ملكا لهذا المجتمع حيث لا تستطيع أية سلطة مؤسسة أن تخالفها حتى ولو كانت هذه المبادئ من صنعها ضمنيا، بينما يجوز للمشرع الدستوري دون غيره أن يخاف بنصوصه الصريحة تلك المبادئ إذا رأى أنها لم تعد تتقق مع ظروف يخاف بنصوصه الصريحة تلك المبادئ إذا رأى أنها لم تعد تتقق مع ظروف وصدر السلطات، على حين أن المبادئ العامة هي تعبير عن إرائته الصمنية أو المفترضة، ولا مراء في أن الإرادة الصريحة تعو عليهما ولها الأولوية في أن الإرادة الصريحة تعو عليهما ولها الأولوية في التطابيق ومن ناحية أخرى لا يسوغ القضاء إعمال المبدأ العام في بعض الحالات دون الأخرى رغم تماثلها، لأن تطبيق هذه المبادئ حيناً ومخالفتها حيناً أخد، عنها تماما صفة "المبدأ".

وقد سبق أن أوضحنا أن المبادئ العامة القانون هي في حقيقتها مجموعة من الأسس التي يتخذها المشرع ذاته مرشداً له عند وضع النصوص القانونية ولذلك يكون منطقياً أن تعلو هذه المبادئ من حيث المرتبة التشريعات التي يسنها البرلمان بحيث تلتزم المعلطة التشريعية بعدم مخالفتها التزاماً بالمشروعية وما تقتضيه من تدرج القواعد القانونية.

بيد أنه يلزم ملاحظة أن دور القضاء بصدد تقرير المبادئ القانونية العامة لا يعنى أن هذاك مسامناً بمبدأ الفصل بين السلطات، أو أن القضاء يتدخل في وظيفة التشريع، فالقاضى لا يتمتع بسلطة تشريعية، وتقريره المبادئ العامة ليس معناه أنه يشرع، كما أن المتزام البرلمان بالمبادئ العامة لا يعنى خضوعه المسلطة القضائية، إذ أن القاضى وهو يضع المبادئ القانونية العامة لا يكون حراً في وضعها دون ضوابط، فهو يتمثل التنظيم القانوني المسائد في مجموعه وينزل على مقتضاه ويتقيد بروحه، وهو مقيد ومرتبط بمعتقدات وظمفة قومية كامنة في الضمير العام للمجتمع، تتسلط على عمله وتتغلغل في ضميره، حتى يمكنه أن يترجم بأمانة ودقة ما ينطوى عليه ضمير الأفراد من مبادئ تعبر عن حاجات عليا جوهرية للمجتمع، ومن هنا فإن المبادئ العامة تتصف علاوة على عموميتها، بأنها أكثر استقراراً من القواعد التشريعية.

وتأسيسا على ما تقدم فإن السلطة التشريعية تلتزم – مثلها في ذلك مثل الإدارة تماما – بالمبادئ العامة للقانون علاوة على أحكام الدستور، إذ يتعين على تلك السلطة أن تعى أنها ليست مطلقة الحرية في وضع القانون وإنما هي مقيدة بحدود معينة، وبدون ذلك فإن سيادة القانون تكاد تفرغ من أي مضمون، وتصبح السلطة التشريعية سلطة غير قانونية أو بالأحرى سلطة ممتبدة، ولن يخفف من ذلك أن هذه السلطة هي سلطة جماعية، لأن أربعمائة وخمسون مستبداً – مثلا – لا يقلون خطورة ولا جوراً عن مستبد واحد.

يؤيد ذلك، أن بعض الفقهاء الذين عارضوا الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ العامة، اعترفوا في ذات الوقت بوجود صعوبات تعترض أرائهم المقابلة لذلك، وخاصة أمام اعتراف المجلس المستورى الفرنسى بوجود هذه المبادئ العامة وبفرضه احترام المشرع لها^(۱) وذلك في قراره الصيادر في ١٦ يوليو ١٩٧١، وهو ما استقر عليه المجلس الدستورى^(۱)، وذلك من ناحية وكذلك أمام إخضاع مجلس الدولة الفرنسى الأولمر التفويضية ـ وهي تتمتع بقوة القانون ـ لتلك المبادئ من ناحية أخرى^(۱).

بل أن بعض الفقهاء، ممن لا يعتر فون للمبلائ العامة مسوى بقوة القانون، يرون أن مجلس الدولة الفرنسى يحرص على تفادى مخالفة المشرع لهذه المبلائ، وتبعا لذلك يتجه المجلس إلى تغليب هذه المبلائ على التشريع، على أسلس أن المبلائ العامة ما هى إلا قواحد تفسير لا يجوز أن تخرج عليها التشريعات، فإذا ما كان هناك نصا صريحاً يخرج على المبلائ العامة، فإن المجلس يلجا إلى حماية المبدأ مع التظاهر باحترام النص باعتباره استثناء لا يمس عمومية المبدأ، وبالتالى يجرى على الاستثناء مبدأ التقمير الضيق وفقاً

أكثر من ذلك، يقر هذا الفقه بأن مجلس الدولة الفرنسى، يضالف أحياتا النص الصريح، ويغلب عليه المبدأ العام، إذا تعارض هذا النص الصريح مع مبدأ أساسي لا يصح التفريط فيه.

RIVERO, Droit Adminsratif, 7 éd., op. cit., pc. 77.
 C. C. 26 Juin 1969, G. D. C. C. 1975 p. 241 – 256.

 ⁽٢) أنظر قرار المجلس التستوري في ٢٦ يونيو ١٩٦٩، وكذلك قراره في ٢٤ أكتوبر
 ١٩٦٩ ه التعليق عليه في:

VOISSET, La reconnaissance de L'existence de P. G. par le C. E., J. C. P. 1969. 2290 bis.

كذلك القرارات الثلاثة التي أشار إليها:

AUBY -DRAGO, op. cit., II, 11 1161, p. 344.
(3) DE LAUBADERE, Droit Adminstratif, op. cit., p. 248.

C. E. 24 Nov. 1961, Fédération nationale de syndicat de police, D. 1962.

⁽٤) الدكتور محمد كامل ليلة _ مقدمة القانون الإداري ص ٥٠٠٠.

وفى تقديرنا أن هذا المسلك من مجلس الدولة الفرنسى يؤكد أن المجلس إنما يعترف للمبادئ العامة بمرتبة تعلو القوانين العادية، دون أن يقر بذلك صراحة، خاصة وأنه لا يتعرض فى قضائه إلى بحث مشروعية القوانين أو دمتوريتها، إذ يقتصر عمله فحسب على فحص مشروعية الأعمال الإدارية.

ولا ريب أن الاعتراف للمبادئ العامة بقوة قاتونية تعلو على القوانين، يحقق حماية كبيرة لحقوق الأفراد وحرياتهم العامة سواء في الدول التي تبيح للقضاء فرض رقابته على دستورية القوانين كمصر، أو في الدول التي تبيح للقضاء ذلك مثل فرنسا، إذ أنه في الحالتين فإن القضاء الإداري يمكنه إخضاع القرارات الإدارية اللائحية والفردية للرقابة من حيث الموضوع بمطابقة مضمون ومحتوى هذه القرارات المبادئ القانونية العامة دون أن يؤثر على القضاء من النظر في بعض المسائل، ففي مثل هذه الحالة يستطيع القاضي، دون حاجة إلى فحص مدى دستورية هذه النصوص، فرض رقابته على هذه المسائل بالرغم من تلك النصوص المائعة، استناداً إلى تعارضها مع مبدأ المسروة كفالة حق التقاضي، "ضرورة كفالة حق التقاضي، وهو من المبادئ القانونية الأعام. على أساس أنه عند تزاحم القواعد القانونية، يتمين تطبيق القاعدة القانونية الأعلى.

واذلك كان طبيعيا أن يعلن مجلس الدولة الفرنسى فى بعض أحكامه أن دعوى الإلغاء (أو دعوى تجاوز السلطة كما يطلق عليها فى فرنسا)، "هى دعوى مفقوحة فى مواجهة كل قرار إدارى دون حاجة النص عليها إذ أنها تعمل على تحقيق احترام مبدأ المشروعية وذلك طبقاً للمبادئ القانونية العامة"()، بمعنى أن هذه الدعوى لا ترتبط بنصوص تشريعية، وإنما ترتبط بالمبادئ العامة القانون باعتبارها أداة لتحقيق المشروعية.

⁽¹⁾ C. E. 17 Fev. 1950, Dame Lamotte, L. 110 R. D. P. 1951. 478.

والخلاصة أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بمرتبة الزامية تلى القواعد الدستورية وتمبق القواعد التشريعية العادية، مما يعنى أن على المشرع أن يستوحى ما يقرره من أحكام من المبادئ العامة، لأن الفرد العادى إذا كان ملزما الخضوع للقانون الذى يضعه فرد آخر فى يده سلطة التشريع، فإن ألك لا يضعى خضوع إرادة الأول لإرادة الثانى، فالمشرع لا يضع القانون باعتباره إنسانا، وإنما باعتباره عقلا مجرداً عن المصالح والأهواء، أو هكذا ينبغى أن يكون (').

ولا ريب في أن خضوع المشرع المبادئ العامة للقاتون، باعتبارها المثل العليا للتشريع، هو الطريق الرئيسي اتحقيق الخير العام المجتمع والمصلحة العامة لجميع أفراده، وفيه أعظم الضمان في عدم استبداد المشرع في أية دولة، فلا شك في أن القانون الذي لا يترجم بأمانة ما يعتنقه الشعب من مبادئ، وما يسود المجتمع من أسم فكرية، هو قانون مخالف للعدل وغير واجب الاحترام، مما يوجب على القضاء التصدى لمه، إعلاءً لكامة الحق والمدل.

والواقع أن المشرع لا ينشئ القواعد القانونية من العدم، فهو يخلق هذه القواعد بعد أن تتلكد حاجة المجتمع إليها ووفقا للمبادئ المائدة بين أفراده، ومن ثم تغنو هذه القواعد تعبيراً عن إرادة الشعب في إقرارها، مما يضمن تنفيذها والالتزام بها اقتناعاً، فهي قواعد نابعة من الشعب وليست مفروضة عليه. ويذلك تكون هذه المبادئ العامة هي التجسيد الواضع للديمقر اطية الحقة، فهي ملزمة للمشرع عندما يسن تشريعاته، فإذا أقرها في تلك التشريعات، فإن ذلك لا يعنى أنها من خلق المشرع، فهو لا يملك إلا تقريرها، ولا يمكنه مخالفتها، وصمته أو امتناعه عن إقرارها لا يودي إلى عدم الالتزام بها من جانب

⁽١) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق - ص ١٣٧.

ولذلك فإن الفقه يلاحظ بحق أنه من الناحية الواقعية، فإن المشرع يراعى بقدر الإمكان عدم مخالفة القوانين التى يصدر ها للمبادئ العامة للقانون، وحتى فى الحالات التى يخرج فيها المشرع على ذلك، فإنه يحاول عن طريق الوسائل الفنية فى الصياغة أن يغطى هذه المخالفة حتى لا تتكشف أمام الناس. ويعتبر هذا المسلك من جانب المشرع نوعاً من النفاق الذى يشهد على قوة المبادئ العامة للقانون، فهى تفرض على المشرع احتر امها حتى فى الحالات التى يدفعه هواه إلى الخروج عليها().

وبالإضافة إلى اعتداق المشرع في كثير من الدول، عديد من المبادئ العامة التي كشف عنها القضاء واستقر عليها في أحكامه فإنه ينص صراحة في بعضها، على سلطة القضاء في الالتجاء إلى هذه المبادئ، فالمشرع السويمسرى مثلا ذهب صراحة في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القاتون المدنى الصادر عام ١٩٠٧ إلى النص على أنه "... فإذا لم يجد القاضى نصا تشريعيا يمكن تطبيقه، حكم بالقواعد التي يضعها لو كان مشرعا، مستهدياً في ذلك برأى

(١) الأستاذ الدكتور سمير تقاغو: المرجع السابق – ص ٢٥٨، والمرجع الذي لشار اليه: (RAIPERT, Les forces credo Droit, Paris, 1955, P. 343.

⁽٧) وقد اتجه المشرع في عديد من الدول العربية إلى تخويل القاضى نفس السلطة تقريبا، ففي دولة الإمارات العربية تنص المادة ٨ من قائون إنشاء المحاكم الإتحادية رقم ٦ لمنة ١٩٧٨ على أن "تطبق المحاكم الإتحادية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الإتحادية وغير ما من القوانين المعمول بها، كما تطبق ما لا يتعارض مع أحكام الشريعة من قواعد المرف و المبلدئ القانونية العامة".

كما تنص المادة ٧٥ من قانون المحكمة الإتحادية العليا هناك، وهي تعد محكمة دستورية عليا ومحكمة نقض في ذات الوقت، على أنه "تطبق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الإتحادية. كما تطبق ما لا يتصارض مع أحكام تلك الشريعة من قواعد العرف وهبادئ القانون الطبيعي والقانون المكارن" وهذا المنص يتشابه مع نص المادة الأولى في القانون المدني المصري، وهو نص نلقاه في معظم القانون المدني المدنية بالدول العربية مثل سوريا والعراق والكويت وليبيا، مع ملاحظة الشاقنون الخليعي وقواعد البحالة المشار الليها في هذه النصوص هي المصادر الموض عوبة الرئيسية للمبادئ الفانونية، كما أن على رأس هذه المصادر في تلك

ومن ناحيته يؤكد القضاء في أحكامه على اعتناق كثير من المبادئ القانونية العلمة، فقبل إنشاء القضاء الدمتورى في مصر، أكد القضاء الإدارى منذ إنشائه على ذلك، حيث قضت محكمة القضاء الإدارى في ١٩٤٨/١٢/١ على أنه "بجوز لمحكمة القضاء الإدارى تقرير قواعد فقونية في أحكامها لها قوة القانون، يجب على الملطات الإدارية العاملة مراعاتها والعمل بها في تصرفاتها المستقبلية" (١٠).

هذا الحكم المبكر يشير بما لا يدع مجالاً للشك إلى سلطة القضاء الإدارى فى "تقرير قواعد قاتونية" فى أحكامها، وهو ما يعنى بلا جدال سلطة تقرير المبادئ القاتونية العامة وإلزام السلطات الإدارية بها لما لها من قوة القاتون، باعتبار ذلك من مقتضيات مبدأ فصل الملطات وفقاً لمعناه الصحيح والذى لا يجيز للقانون النص على خلاف ذلك.

وقد تواترت أحكام القضاء الإداري بعد ذلك مؤكدة على المجادئ القاتونية العامة في المجادئ الدستورية العامة أو من المبادئ العليا الدستورية العامة أو من المبادئ العليا الدستورية (٢٠٠٠).

ومع إنشاء القضاء الدستورى ممثلاً في المحكمة العليا عام ١٩٦٩ ثم المحكمة الدستوري العليا القائمة حالياً عام ١٩٧٩، اتجهت أحكام هذا القضاء

الدول مبادئ الشريعة الإسلامية، ومن هذه المصادر كذلك ما يتطق بالمعقولية والمعلولية والمعقولية والمعقولية والمنطقية أو ما يتنق مع الرجدان السلوم كما يقول المشرع السوداني، الذي ينص في المعلولة 17 من قادن الإجراءات المدنية على أنه "في المعلق التي لا يحكمها أي نص تشريعي تعلق المحاكم العبادئ التي استثرت قضاة في السودان ومبلائ الشريعة الإسلامية وللمرث و والحدالة والرجدان السليم"، و هذه كلها كما قلا من مصادر المبلائ التقونية العامة. ومن الجدير بالملاحظة أن الدول الإنجلوسكمونية مثل انجائز را والولايات المتحدة الأمريكية تلفذ بالمبلدئ القانونية العامة باعتبارها فواعد ملزماة، ويقصدون بناك الشريعة السلامة في المجتمع، ويقصدون بناك الشريعة السلامة على المجتمع، ويقصدون بناك الشريعة السلامة في المجتمع،

⁽١) حكمها في القضية ٢٠٠ لسنة ١ق، المجموعة المنة ٣ ص ١٠١.

 ⁽۲) لمزيد من القفاصيل راجع بحثنا: مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد –
 مجلة الحقوق – العدد الثاني – ۱۹۹۰ – ص ٤٨ وما بعدها.

إلى اعتناق عديد من المبادئ القانونية العامة، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن كثير من الحقوق ليست عصية على التنظيم التشريعي، وإنما يجوز تحميلها بالقيود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، بمراعاة الموازنة التي يتعين أن يجريها المشرع ويرجح من خلالها ما يراه من المصالح أولى بالرعاية وأجدر بالحماية على ضوء أحكام الدستور، مستهديا بوجه خاص بالقيم التي تنحاز إليها الجماعة في مرحلة من مراحل تطورها (أ). إذ من الجلى لدينا أن القيم المارة المعامة (اليها البها في هذا الحكم هي تلك التي تبلورها المبادئ القانونية العامة (أ).

(١) حكمها في ١٩٩٢/٥/٢٧ قضية ٢٥ لسنة ١١ ق يستورية.

وتؤكد المحكمة أهمية تلك القيم، التي تحوز ها المبادئ القانونية العامة، بأنه لا يجوز تضير النصوص الدستورية باعتبارها حلا نهائياً ودائماً لأوضاع جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها باللية عمياء إلا حرثاً في البحر، بلت

⁽٢) ولذلك تصف المحكمة بعض الحقوق - مثل حق الدفاع - بأنه قد أضحى مستقرآ كحقيقة مبدنية لا يمكن التفريط فيها، مندرجا في إطار المبادئ الأساسية للحرية المنظمة واقعا في نطاق القيم التي غدا الإيمان بها راسخاً في وجدان البشرية -حكمها في ١٩٩٢/٥/١٦ القضية ٦ لسنة ١٣ق، دستورية، كما اعتبرت أن انتهاك أصل البراءة "باعتبار ها مبدأ بديهيا بعد خطأ لا يغتفر مستوجباً نقض كِل قرار لا يتوافق معها" _ حكمها في ١٩٩٨/١/٣ القضية ٢٩ لمنة ١٨ق يستورية. راجع كذلك وصفها لأصل البراءة بأنه يعكس قاعدة مبدئية تعتبر في ذاتها مستعصية على الجدل، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها، في حكمها بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢ القضية ١٣ لسنة ١٢ق دستورية. و تربط المحكمة الدستورية بين العدالة و تلك القيم، فتقول في بعض أحكامها أن الدستور قرن العدل بكثير من النصوص التي تضمنها، وحيث أن الدستور قد خلا من تحديد لمعنى العدالة في النصوص السابقة. فإن المقصود بها بنبغي أن يتمثل فيما يكون حقاً و واجباً سواء في علائق الأفراد فيما بينهم، أو في نطاق صلاتهم بمجتمعهم، وإن تعين دوما تحديدها من منظور اجتماعي، ذلك أن العدالة تتوخى - بمضمونها - التعبير عن القيم الاجتماعية السائدة في مجتمع معين خلال فترة زمنية محددة. ويقدر إتساع الفجوة بين هذا المفهوم وعملية صناعة القانون، بقدر ما يكون القانون قاصرا عن إنفاذ حقائق العدل الاجتماعي، فلا يقدم حلاً ملائماً لتصادم المصالح فيما بين الأفر اد ومجتمعهم، مبتعدا بذلك عما يكون لازما إنصافا .. ومؤدى ما تقدم أن العدالة - في غايتها - لا تنفصل علاقاتها بالقانون باعتبار ه أداة تحقيقها، فلا يكون القانون منصفا إلا إذا كان كافلا لأهدافها، فإذا ما زاغ المشرع بيصره عنها، وأهدر القيم الأصيلة التي تحتضنها، كان منهبا للتوافق في مجال تنفيذه، ومسقطا كل قيمة لوجوده، ومستوجباً تغيير ه أو الغاءه – حكميها في ١٩٩٦/٢/٣ القضية ٣٣ لسنة ١٦ ق يستورية – وفي ٢٠٠٠/٦/٣ القضية ٢١ لسنة ٢٠ق دستورية.

ومن ناحية أخرى فإن الفقه الحديث في مصر بات يسلم بهذه المبادئ ودورها في المجال الدستورى، حيث يؤكد أن الواقع العملي يشير إلى "أن القاضي يستعين بهذه المبادئ ليؤول نصوص الدستور إذا تحملت التأويل، أو أنه يعتمد في تطبيقه لهذه المبادئ على صمت الدستور أو عدم وجود نص صريح يعارضها، فيطبق هذه المبادئ باعتبارها أصلاً عاماً أو قاعدة واجبة الإتباع "(1)

ومن الأمثلة القضائية للمبادئ الدستورية العامة في قضاء المحكمة الستورية العليا في مصر، مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد double geopardy الذي وصفته المحكمة بأنه مبدأ مستقر بين الدول فعل واحد double geopardy الذي وصفته المحكمة بأنه مبدأ مستقر بين الدول وذلك إلى جانب مبدأ شخصية النظم القانونية جميعها، وصاغته المواثيق الدولية، ووذلك إلى جانب مبدأ شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة محلها ومعقوليتها الحريمة الشخصية التى أعلى المشرع الدستورى في مصر من شأنها — دون غير ها — بأن وصفها بأنها حق طبيعي و هي مصونة لا تمس وذلك في المادة غير ها — بأن وصفها بأنها حق طبيعي و هي مصونة لا تمس وذلك في المادة المحقوق والحريات التي تندرج كما تقول المحكمة في "الحقوق التي يعتبر ما الحريات التي تندرج كما تقول المحكمة في "الحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقر اطية مفترضاً أوليا لقيام الدولة القانونية، وضعانة

⁻ يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غليتها تحرير الوطن والمواطن ... فالمستور وثيقة تقديد لا تصد عن التطور أفاقه الرحية، فلا يكون نسيجها إلا تقاضا مع روح المصر، وما يكون كفائد التقدم في مرحلة بذاتها، يكون حرياً بالاتباع بما لا يذاقض أحكاما تضمنها الدستور - حكمها في 1/٧/٧/ 1 القصية لا لسنة 11ق. مستورية.

⁽١) الدكتور محمد ماهر أبو السنين: الإنحراف التشريعي والرقابة على بمستوريته ـ ١٩٨٧ ص ٣٦٠ وما بعدها _ ويراجع بصدد العبادئ القانونية العامة عموما مؤلفا: الوسيط في دعوى البغاء القرارات الإدارية - ٢٠٠ ص ١١١١ . ١٠٠٠ مذلك المكتور عادل عبر شريف: قضاء الدستورية القضاء الدستورية في مصر - ١٩٨٠ ، حيث يؤيد اتجاهنا في اعتبار مبادئ المثريعة الإسلامية مئرمة بذاتها السلطة التشريعية، مثل غيرها من المبادئ القانونية العامة، ومن ثم فإنها تعتبر مرجعا للرقابة القضائية على دستورية التشريعات، ومن ثم قانها تعتبر مرجعا للرقابة القضائية على دستورية التشريعات، ومن ٢٠٠٨. ١٣٧٠.

أساسية الصون حقوق الإنسان، بما مؤداه وفقا لمبدأ خضوع الدولة القاتون عدم جواز أن تخل تشريعات الدولة بهذه الحقوق، ومنها الحقوق الوثيقة الصلة بالمحرية الشخصية بالنظر إلى مكوناتها وخصائصها ((۱)، ومثال هذه الحقوق أو الحريات حرية التماقد ((۱)، والحق في الزواج واختيار الزوج وتكوين الأسرة ((۱)، والحق في النواج واختيار الزوج وتكوين الأسرة ((۱)، والحق في المحكمة من امتداد بعض الحقوق الى تطبيقات أخرى مثل الحق في المحاكمة المنصفة الذي يمتد لغير المحاكمات الجنائية (۱)، وكذلك الارتفاع ببعض الحقوق من مصاف الحقوق التي نص عليها القاتون، إلى مرتبة الحقوق التستورية، وهو أمر بالغ الأهمية، إذ مقتضاه أن النسلوم بها وفقا المهادئ القاتونية

 ⁽١) رلجع أمكامها في ١٩٩٢/١/١ القضية ٢٢ لمنة اق يستورية - وفي ١٩٩٥/٨٥ القضية ١٩٤ لمنة ١٩٤٥.
 القضية ١ لمنة ٢ أق يستورية - وفي ١٩٩٢/١/١٥ القضية ١٩ لمنة ١٩٥٠.
 يستورية - وفي ٢٠٠٠/١/١٣ القضية ٢١ لمنة ١٥٠ يستورية.

⁽٣) أحكامها في ١٩٩٧/١/٧ القضية ١٦ لمنة ١٥٤ر بستورية - وفي ١٠٩٧/١٠ التضيف ١٩٩٧/١ المنقبة ١٩٤٨ لمنة ١٥٤٨ المنة ١٩٩٧/١٠ التضيف ١٩٩٤ لمنة ١٥٤٨ نصورية - وفي ١٩٩٧/١٠ التضيف ١٩٩٤ لمنة ١٥٤٨ نصورية - وفي هذه الأحكام يعد قضاء المحكمة بحرية التعاقد باعتبارها "قاعدة أساسية يقتضيها الدمتور صونا لحرية الشخصية كرنها من الخصائص الجوهرية لها، عادوة على قها وثيقة المسلة بلحق في الملكية".

⁽⁷⁾ أحكامها في ١٩٩٥/٢/١٨ القضية ٢٣ لمنة ١٦ق، يستورية - وفي ١٩٩٥/٢/١٨ القضية ١٩٩٥/١٢/١٨ أو المحكمة فيها على أن "إغفال القضية ٣٣ لمنة ١٩٥٥/١٨ فيها على أن "إغفال بمن الوثائق الدستورية المن على بالمسرورة من حتى اختيار الزوج، لا ينال من ثيرتها .. ذلك أن هذين الحقين يقمان داخل مناطق الخصوصية التي كل معرفها الستور ... كما أن أيسك العلاقة بين الشحوص الدستورية وربطها ببعض، كثيرا ما ترشح لحقوق لا نص عليها، ولكن تشي بثيرتها، ما يتصل بها من حقوق، والتي تعد مدخلا إليها ... وكثيرا ما تفضى فروع بعض المسائل التي انتظامية الوثية الدستورية إلى الأصل الدام الذي يجمعها ... ولا يكون ذلك إلا من خلال فيم أعمق امراميها واستصفاء ما وراءها من التيم والمثل العليا التي اختضنها الدينة.

⁽ءُ) حكمها في ١٩٩٦/٣/٦ قضية ٢٤ لمنة ١٥ق. دستورية، وفيه اعتبرت المحكمة أن هذا الحق ثيق الصلة بالحق في الحياة

⁽٥) أحكامها في ١٩٩٠/١٢/ و ١٩٩٥ قضية ٢٨ أسنة ١٧ق. يستورية _ وفي ٢٠٠٠/١/١ قضية ٢٠٦ أسنة ١٩ق. يستورية.

العامة فى تشريع يصدر عن السلطة التشريعية لا يعنى الهبوط بالقوة الإلزامية له إلى مرتبة القوانين العادية، بحيث يحق المشرع بعد إقراره العدول عنه أو نقضه أو الإنتقاص منه، ومثال ذلك مبدأ رجعية القوانين الجنائية الأصلح المتهم ('').

والخلاصة أن القضاء الدستورى في فرنسا ومصر، يسائدهما الفقه المحدث فيهما، يذهبان إلى الاعتداد بالقيمة الدستورية المبادئ القاتونية العامد، مما يعنى الاعتراف القضاء الذي يكشف عن هذه المبادئ بصفة المصدر الرسمي للقاتون الدستورى، بالرغم من أن الأسل في فرنسا ومصد أن القضاء مصدر تضيرى للقاتون (''). ولذلك يلزم الاعتراف بأن المبادئ العامدة القاتون مرتبة إلزامية تطو على القوانين العادية، وإن لم تصل – في تقديرنا – إلى مرتبة الزامية تطو على القوانين العادية، وإن لم تصل – في تقديرنا – إلى مرتبة الدستور.

البحث الثانى القواعد العرقية

يعتبر العرف من المصادر غير المشرعة القانون، ويراد به بصفة عامة، مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن سلوك الأفراد أو السلطات العاسة بخصوص أمر ما على نحو معين، وإطراد سلوكهم على هذا التحو، مع اعتقادهم بأن هذا السلوك مازم لهم.

(١) حكميها في ١٩٩٧/١١/٧ قضية ١٢ أسنة ٣٦, دستورية – وفي ٣/٣/١٩٧ قضية ٨٤ أسنة ١٤٥. دستورية، وفيها قضت المحكمة صراحة بأن هذا المبدئة وإن الخذ من نص المادة ٥٠ من قاتون المغربات موطئا وسندا، إلا أن صون الحرية الشخصية التي كظها الدستور هي التي تقرم هذه القاعدة وترسيها بما يحول بين المشرع وتعديلها أو العدول عنها .. إضافة إلى أنها تعتبر امتدادا لازما لقاعدة شرعية الجرائم والمغتيبات فتكون لهما منا القيمة الدستورية نقها.

(Y) تؤكد المحكمة الدستورية الطبياً على حقها في الكشف من المبدئ الاستورية وإقرار التواعد الدستورية وفقا لها، من خلال مفهوم المخالفة التصالها بأن "ليس المحكمة أن نقرر قاعدة دستورية لم يعن بعد أوان إرسالها" حكمها في ١٩٩٤/١/١٤ قضوة ٢٥ لسنة ١٥٥. دستورية، ومن هذا الحكم يستقلا أن المحكمة أن نقرر القواعد الدستورية إذا تطلبت الظن وف والتطورات المستحدات ضورة الواد ها. ويشتمل هذا المصدر على القواعد العرفية الدستورية والإدارية، وهي التي تنشأ عن سلوك السلطات العامة، علاوة على القواعد العرفية الخاصة التي تنشأ عن سلوك الأفراد.

وتتعلق القواعد العرفية الدستورية بسلوك السلطات العامة بشأن مسالة تتصل بنظام الحكم في الدولة، في حين أن القواعد العرفية الإدارية تتشأ نتيجة اتباع الجهات الإدارية - على الأخص - لأوضاع محددة في مز اولة نشاط معين لها. أما القواعد العرفية الخاصة، فهي تتعلق بسلوك الأفراد بصدد معاملاتهم بعضهم مع بعض.

ويتكون العرف من عنصرين هما العنصر المادى والعنصر المعنوى ويتمثل العنصر المادى في الاعتياد على الأخذ بالقاعدة المتبعة وتكرار تطبيقها تطبيقاً منتظماً لا انقطاع فيه ما توفرت شروطه وهي العمومية والقدم والاستقرار، أما العنصر المعنوى فيتمثل في عنصر الإلزام، أي شعور أطراف العلاقة التي تنظمها القاعدة العرفية بإلزام هذه القاعدة ووجوب سريانها.

وقد أعترف القضاء بالعرف باعتباره قواعد قانونية ملزمة للهيئات العامة أو الأفراد فيما ثبت بشأته من الروابط بحيث تعتبر مخالفته إهداراً للمشروعية.

ولتحديد المرتبة الإلزامية للقواعد العرفية، يلزم علينا أن نحدد أو لا أساس القوة الملزمة للعرف.

المثنب الأول أماس القوة اللزمة للقواعد العرفية

بالرغم من اتجاه البعض إلى إنكار القوة الملزمة للقواعد العرفية، على أساس أن التشريع وحده - وخاصة في المجال الدستورى -- هو المصدر الوحيد

للقانون(١٠) إلا أن الغلبية العظمى من الفقه تعترف بأن العرف هو قانون، ومن ثم فإن القواعد العرفية تتمتع بقوة الزامية مثلها في ذلك مثل التشريع.

غير أن الفقه اختلف حين تصدى لتحديد الأساس الذي يمكن أن تقوم عليه القوة الملزمة للعرف، حيث ظهرت عدة اتجاهات يمكن تحديدها فيما يلى:

١- الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمشرع:

وهى أقدم النظريات فى هذا الصدد، ووفقاً لها فإن العرف يعتبر تشريعاً ضمنيا، أو بمعنى آخر فإن العرف يصدر عن الإرادة الضمنية للمشرع، يوافق عليه ضمناً وهو ما يمتفاد من عدم اعتراضه عليه، وتطبيقه بواسطة السلطات العامة

ويعاب على هذا الاتجاه أنه يخلط بين العرف والتشريع، وأنه ينكر حقيقة ثابتة وهى أن العرف كقانون أقدم فى النشأة من التشريع، كما أنه لا يفسر أساس القوة الملزمة للعرف بقدر ما يؤكد السلطة المطلقة للحاكم أو المشرع⁽¹⁾.

٢- الاستناد إلى الإحالة الصريحة للمشرع:

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن العرف لا تكون له قيمة إلا إذا أحال إليه المشرع صراحة، مثلما فعل المشرع المصرى عندما نص فى المادة الأولى من التقنين المدنى على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العدنى على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى

CARRE DE MALBERG, La loi, expression de la volonté générale, 1931, P. 7.

 ⁽٢) راجع الأستاذ الدكتور معد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والتظم السياسية ١٩٨٠ - ص ٣٧.

والأستاذ المكتور طعيمة الجرف: نظرية الدولة والمبادئ العامة للأنظمة المساسية ونظم الحكم - 1974 - ص 13.

⁽٣) ويستخلص الفقه من مثل هذا النص أن العرف يعتبر مصدرا تكميليا أو احتياطيا بجوار التشريع – راجع الدكتور محمود حلمي المقلة مثالقة الإشراة – ص ١٧٩ – وينتقد الدكتور سمير تناغو بحق هذا التفسير، على أساس أنه لبس التشريع أن يحدد دوره أو دور غيره من مصادر القانون، لأن المرجع في ذلك يكون لطم القانون وليس للإرادة التحكمية للمشرع، المرجع السابق – ص ٢٦٦ وما بعدها.

وينتقد هذا الاتجاه بأنه يفترض سلفاً سمو التشريع على العرف، علاوة على تعارضه مع الحقيقة التاريخية الثابتة بأن العرف أقدم من التشريع.

٣- الاستناد إلى إقرار القضاء للعرف وتطبيقه:

وفقا لهذه النظرية المنموبة للفقيه "لامبير"(١)، فإن القضاء هو أساس القوة الملزمة للعرف، حيث يتكون العرف نتيجة تدخل القضاء - كاحدى السلطات العامة في الدولة - بتكرار الحكم في اتجاه معين، مما يؤدى في آخر الأمر إلى نشأة القاعدة القانونية. ومن غير شك فإن ذلك لا يعنى أن القضاء يخلق القاعدة القانونية من العم وبطريقة تحكمية، بل هو يعتمد في ذلك على الأفكار السائدة في المجتمع، ولكن القضاء هو وحده الذي يحول هذه الأفكار إلى قوا عدقة نبة ماذ مة.

غير أنه يعيب هذا الاتجاه أنه يخلط بين القواعد العرفية والمبادئ العامة للقانون، ولا شك العامة للقانون، ولا شك أن طريقة تكوين العرف تختلف تماماً عن أسلوب تحديد المبادئ العامة للقانون، والقاضى عندما يطبق العرف فإنه لا يتدخل في إنشائه أو تكوينه، فهو لا يطبق العرف إلا إذا تحقق من وجوده أولا كقانون وضعى، إذ أن القاضى عليه واجب العابقانون وتطبيقه، سواء تمثل القانون في قواعد تشريعية أم في قواعد عرفية.

٤ - الاستناد إلى ضمير الجماعة:

يذهب هذا الاتجاه (٢) إلى أن المصدر الأسلسى للقانون هو "ضمير الجماعة أو روح الأمة"، فالجماعة هي التي تخلق قانونها وهي التي تستقر في ضميرها على اتباعه، أما التشريع والعرف وغيرها مما جرى الفقه على اعتبارها مصادر للقانون، فهي مجرد إجراءات كاشفة عن قانون سبق تكوينه

 ⁽١) راجع في عرض هذه النظرية وأوجه النقد الموجهة إليها;

WALINE, L'individualisme et le droit, 2e éd., 1949, PP. 264 - 283.

(٢) راجع في عرض هذا الإكتجاه ... الأستلذ الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية سالف الذكر ... ص ٣٨.

ونفاذه، أو هي وسائل لإظهار القانون والتعبير عنه، ومن ثم يكون العرف أقوى هذه الوسائل لأنه أتو بها الى ضمير الحصاعة

وينتقد هذا الاتجاه لقيامه على انكار تعدد مصلار القاتون، كما أن اعتبار التشريع والعرف مجرد أدوات تكشف عن القاتون ونفاذه، هي فكرة تخطط بين المصلار الملاية للقاتون أو بمعنى أخر جوهر القاتون ومضمونه، وبين المصلار الرسمية للقراعد القاتونية.

٥- الاستناد إلى أن العرف مصدر رسمى مستقل للقانون:

يذهب الرأى الراجع إلى أن مصادر القانون الرسمية هي مجرد طرق للتعبير عن إرادة الدولة، ولا ينحصر الحق في التعبير عن هذه الإرادة في السلطات العامة وعلى الأخص السلطة التشريعية منها، لأن ذلك يعنى الخلط بين سلطة الدولة وأجهزة مباشرة هذه السلطة.

وإسناد وظيفة التشريع إلى جهاز متخصص، لا يعنى أن ما يقوم به هذا الجهاز هو الطريق الوحيد للتعيير عن إرادة الدولة، بدليل أن للشعب فى النظم الديمقر اطية المباشرة وشبه المباشرة ملطة التعبير عن إرادة الدولة، بالرغم من وجود المجلس النيابي فى النظام شبه المباشر.

و عليه فإن الشعب يستطيع أن يضع بنفسه القواعد الققونية غير المشرعة أو غير المقننة عبر السلطة التشريعية، وهي التي يطلق عليها اصطلاح "القواعد العرفية"، وذلك بوصفه أحد عناصر الدولة التي يمكنها وضع القوانين تعبيراً عن إرادة الدولة.

وكما يقول البعض، فإن القاعدة العرفية هي أكثر القواعد القانية تعبيرا عن المجتمع، وأقلها تعبيرا عن الفرد، بمعنى أن كل أفراد المجتمع يعتبرون أجهزة خالقة لهذه القاعدة، دون اقتصار ذلك على بعض الأجهزة المتميزة(١)، وهو ما يؤكده آخرون بالقول أن العرف تعبير عن إرادة الشعب

⁽¹⁾ WALINE, L'individualisme, op. cit., P. 298.

الحقيقي، وذلك بالمقابلة للشعب "القانوني"(1).

وعليه فإن العرف هو تعبير مستقل عن إرادة الدولة، يتميز عن غيره من المصادر الأخرى التي تعد بدورها طرقاً للتعبير عن هذه الإرادة، ومن ثم تستمد القواعد العرفية قوتها الملزمة من سلطة الدولة، مثلها في ذلك مثل التشريع.

المطلب الثانى المرتبة الإلزامية للقواعد العرفية

يتجه جانب من الفقه إلى التفرقة بين أنواع القواعد العرفية بصدد تحديد المرتبة الإلزامية لهذه القواعد. فالعرف قد يكون دستوريا، كما قد يكون تشريعيا أو لانحيا، ومن ثم يتمتع العرف الدستورى بمرتبة الدستور، ويكون العرف التشريعى في قرة القانون، بينما يقع العرف اللائحى في مرتبة اللائحة، و هذا يعنى أن العرف الدستورى يمسمو على التشريع المكتوب، والعرف التشريعي يسمو على اللائحة، هيئة إدارية معينة يسمو على القرارات الإدارية التي تصدر عن هيئة أدنى منها".

غير أن الاتجاه الغالب في الفقه يرى أنه لا يكفى تحديد المرتبة الإلزامية للقواعد العرفية استناداً إلى نوعها فحسب، وإنما يلزم في ذات الوقت النفرقة بين صور العرف الثلاثة والتي تتمثل فيما يلى:

⁽¹⁾ LEVY, Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans L'élaboration du droit constitutionnel, M. WALINE, t. II, P. 40.

1 الدكتور مصور حامين المقلة سالغة الذكر صص ١٨٠٠ (٢)

الأستاذ الدكتور سمير تتاغو: المرجع السابق .. ص ٤٧٤ و ٤٧٥. و هو يرى أن درجة العرف في القرة بمكن استخلاصيها من الركن المعنوى فيه، و هو ركن الاعتقاد القاتوني فهذا الاعتقاد هو الذي يحول الاعتياد المادي إلى قاعدة قاتونية، و مو الذي يحدد قيمة هذه القاعدة في التدرج الهرمي للنظام القانوني في مجموعه. و غنى عن الذكر أن الاعتقاد القاتوني يتأثر بدوره بالقوة الاجتماعية التي فرضت المرف، وما إذا كانت هذه القوة قادرة على خلق قواعد عرفية مستورية، أو قواعد عرفية عادية، أو قواعد عرفية فرعية راجع مؤلفه سالف الذكر ص ٤٤١)

- ۱- العرف المفسر وهو الذي يهدف إلى تفسير النص المكتوب وإجلاء غموضه وتوضيح معناه، أي أن أثره يقتصر على تفسير نص من النصوص، دون أن يتعدى ذلك إلى إنشاء قاعدة جديدة، ومن ثم يعتبر العرف المفسر جزءا من النص المكتوب الذي يفسره، فيكون له ذات المرتبة القانونية التي يتمتع بها النص.
- ٢- العرف المكمل الذي يعمل على سد النقص في النصوص المكتوبة، فيتولى تنظيم مسألة لم يسبق تنظيمها، وأذلك فهو لا يستند إلى نص مكتوب كالعرف المفسر.
- ٣- وأخيرا العرف المعدل وهو إما أن يكون معدلاً بالإضافة أى بإضافة حكم معين لمسألة سبق تنظيمها، وإما أن يكون معدلاً بالحذف أى بإهمال تطبيق حكم أقره المشرع، فيؤدى ذلك إلى سقوطه بعدم الاستعمال.

وقد اعترض معظم الفقه على الاعتراف بوجود هذا العرف المعدل على أمساس أن تعديل أحكام الدستور أو القانون ينبغى أن يئم بالطرق والإجراءات المحددة لذلك،في حين اعترف جانب منه بالعرف المعدل بالإضافة دون العرف المحدل بالحنف، والحق الأول بالعرف المكمل ليأخذ حكمه، بينما اعترف جانب آخر بالعرف المعدل بصورتيه باعتباره تعبيرا عن إرادة الأمة.

كما اختلف الرأى بشأن تحديد مرتبة كل من العرف المكمل والعرف المعدل، وخاصة فيما يتعلق بالعرف المستورى (١)، فذهب رأى إلى أن العرف الدستورى يحتل مرتبة أسمى من الدستور، في حين منحه آخرون مرتبة الدستور المكتوب، بينما لم يعترف له فريق ثالث سوى بمرتبة القوانين العلاية،

⁽۱) أنظر رسالة الأستاذ الدكتور ماجد الحلو في العرف الدستوري - باريس ١٩٦٩، الأستاذ المكتور مصن خليل مؤلفة في القضاء الإداري سالف الذكر ص ٥٧، الأستاذ الدكتور المكل الملح المكتور المكتور المكتور عمل ١٩٦٧، الأستاذ الدكتور عمل الاوما بعدها، الأستاذ الدكتور عبد الحميد حشيش – المرجع السابق ص ٨٠ ومن الفقه الفرنسي:

DUVERGER, M. de droit constitutional ..., 5e éd., p. 201.

كما ذهب اتجاه رابع إلى الاعتراف للعرف بمرتبة أدنى من النصوص المكتوبة سواء كانت دستورية أم تشريعية أفرها البرلمان.

- وفي تقديرنا أن القواعد التي يتحقق بشأنها المدلول الحقيقي للعرف المفسر، لا تعد من القواعد القانونية بالمعنى الفنى الدقيق، حيث بشترط في العمل القانوني أن يكون له نقاتج قانونية، أو بالأحرى أن يكون من شأنه إحداث أثار قانونية بذاته، في حين أن هذه القواعد العرفية المفسرة لا تنشئ أية أحكام جديدة للقواعد القانونية، أي أنها لا تضيف جديدا إلى المشروعية، ومن ثم لا تعتبر بذاتها مصدراً لقواعد التنظيم القانونية، إلى المشروعية، ومن ثم لا المفسر لا يترتب عليه بذاته نقاتج أو أثار قانونية، إذ هو ليس سوى مملك المسلطات العامة أو الأفراد فيما يتطق بتغمير وكيفية تطبيق النص الغامض، عن ضمان وحدة التفسير، ومع ذلك فإذا كان من المسلم عملا بأن هذه القواعد يتحقق بشأنها عقيدة الإلزام، فين هذا الإلزام يرجع في الحقيقة إلى النص المكتوب محل التفسير، بمعنى أن القوة الإلزامية التي قد تتوافر بشأن العرف المفسر بناء تعود إلى اعتبار العرف المفسر جزءٌ من النص محل التفسير ذاته، فتسرى قوة الإرامية من النص محل التفسير ذاته، فتسرى قوة الإرامية من النص محل التفسير ذاته،

- أما بالنمبة للعرف المكمل، فإنه قد يتعلق بموضوع نمتورى لم ينظمه النمستورى وهو لدنك يسمى بالعرف المستورى المكمل, بيد أن موضوعات هذا العرف وإن تعلقت بالقواعد الدستورية من حيث الموضوع، إلا أنها ليست كذلك من حيث الشكل، فوقاً للمعيار المائد فقها وقضاء وهو المعيار الشكلى، فإن القواعد الدستورية هى تلك القواعد التى تدرج فى وثيقة الدستور ولو لم تكن لها الطبيعة الدستورية من حيث الموضوع. وترتيباً على ذلك فإن المسائل التى لم تنظم فى هذه الوثيقة لا تتمتع بصفة القواعد الدستورية ولا مرتبتها ولا حصائتها ولو كانت من الموضوعات الدستورية ولا

وبناء على نلك، فإن الموضوعات التى ينظمها العرف الدستورى المكمل فى نظر الفقهاء هى موضوعات، وإن كانت دستورية موضوعاً فإنها ليست كذلك من حيث الشكل، ومن ثم فإنها تعد من الموضوعات التى يمكن للسلطة التشريعية تنظيمها باعتبارها صاحبة الولاية العامة فى التشريع وبالتالى فلا يمكن الاعتراف للقواعد التى تكون مصلا لهذا العرف المكمل بمرتبة الدستور ولا حتى بمرتبة القوانين العادية، حيث يمكن للسلطة التشريعية مخالفة هذا العرف فى حين أن العكس غير صحيح.

وقد يتعلق العرف المكمل بموضوعات غير دستورية بطبيعتها، وهو إما أن ينشأ نتيجة سلوك الأفراد فيكون من القواعد العرفية الخاصة، وقد ينشأ نتيجة سلوك الإدارة على الأخص فيكون من القواعد العرفية الإدارية، وقد اعترف القانون المدنى المصرى وهو القانون المنظم للعلاقات التي تتشأ بين الأفراد، بالقواعد العرفية الخاصة مصدراً من مصادر القانون، فنص بأن "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القانون إذ يمتضى للعرف ..." (م1)، مما يغيد بأن لهذا العرف مرتبة أدنى من القانون إذ يشترط التطبيقه عدم وجود نص تشريعي، وهو ما يعنى أن للتشريع أن يخالف أية قاعدة عرفية، في حين أن القواعد العرفية ليس لها أية قوة إلزامية في حالة أوجود نص تشريعي، ومن ثم فليس لها مخالفة أي نص آخر.

وكتنك الأمر بالنسبة للعرف الإدارى، فقد أعترف له القضاء الإدارى المصرى بالقوة الإلزامية بالنسبة للإدارة، بحيث يكون باطلاً كل قرار أو إجراء يصدر عنها مخالفاً لقاعدة عرفية إدارية، ما لم يتم ذلك نتيجة عدول الإدارة عنه.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "العرف الإدارى تعبير اصطلح على إطلاقه على الأوضاع التى درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزاولة نشاط معين. وينشأ عن استمرار الإدارة في التزامها بهذه الأوضاع والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط إلى أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة. ويشترط لاعتبار العرف مازماً للإدارة أن يتوافر شرطان:

أولهما: أن يكون العرف عاماً وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة وصورة منتظمة، فإذا أغفل هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذي جرت على مقتضاه الإدارة إلى مستوى العرف الملزم.

وثانيهما: ألا يكون العرف قد نشأ مخالفا لنص قائم .." (١).

ويستفاد من هذا المحكم، أن القضاء لا يعترف للعرف الإدارى، إلا بمرتبة تلى التشريع وبالتالي لا يجوز أن يخالف العرف الإدارى نصا قائماً سواء كان هذا النص دستوريا أو تشريعيا أو الانعيا^(٢).

وتأسيما على ما بَقِيم بمكن القول بأن العرف المكمل بصفة عامة، لا يتمتع سوى بمرتبة قانونية أدنى من مرتبة التشريع، وسواء كان هذا العرف المكمل دستورياً أم إدارياً أم من القواعد العرفية الخاصة.

- وأخيرًا بالنسبة للعرف المعدل، فإنه بصورتيه أمر غير مشروع، فهذا العرف المعدل من شأنه إنشاء أو الغاه قيد أو شرط أو اختصاص بصدد مسألة سبق للمشرع تنظيمها، ويشترط لمشروعية مثل هذا العرف صدوره ممن يختص بذلك، وهو بالنسبة للعرف الدمتورى إما أن يكون الملطة التأسيسية، او وفقًا للإجراءات والشروط الواردة في الدمتور نفسه، وعليه فليس للسلطات العامة المؤسسة وهي التي تنشئ هذا العرف أن تقوم بذلك، وإلا كانت متجاوزة لسلطاتها واختصاصاتها المبينة في الدمتور على وجه التحديد؟ ولا يجوز

 ⁽١) حكم في ١٩٦٢/٢/٢٤ قضية ١٩٦٧ سنة ٥ ق. المجموعة السنة ٧ رقم ٥٤١ ص ٣٥٠ وكذلك أحكامها في ١٩٦٠/٣/٢١ قضية ٧٥٤ لمنة ٤ق. المجموعة السنة ٥ رقم ٣٣ ص ٧٠٠ وفي ١٩٦٥/٥/٥٨ قضية ١٤٦٢ لسنة ٧ق. المجموعة السنة ١٠ ص ١٩١٩.

 ⁽۲) الدكتور محسن خليل - القضاء الإدارى ص ٥٤.
 الدكتور فؤاد العطار - المرجم السابق ص ٤٩.

⁽٣) من هذا الرأى الدكتور ملجد الحلو - القضاء الإداري ص ٢٢.

الاعتراف بمشروعية هذا العرف بمقولة أنه موجود عملاً، إذ لا ريب في أن مخالفة النصوص الدستورية أكثر من مرة لا يمكن أن تكون قاعدة دستورية جديدة، فالمسألة لا تحدو أن تكون انتهاكا غير جائز للدستور القائم.

أما بالنمسة للقواعد العرفية الخاصة أو الإدارية، فمن الواضع وفقًا لنص المادة الأولى من القانون المدنى المشار إليها آنفاً، ولقضاء المحكمة الإدارية العليا سالف الذكر، أن العرف المعدل سواء كان بالإضافة أم الحذف ليس له أية قوة الزامية، وبالتالى فهو غير مشروع لمخالفته للنصوص القاتمة.

- محصلة القول إذن، أن القواعد العرقية بالمعنى الفنى الدقيق لا تتمثل سوى فى العرف المكمل، أى القواعد القاتونية التى تعمل على سد النقص فى التشريع، وتتمتع هذه القواعد القاتونية العرفية بمرتبة قاتونية أننى من مرتبة التشريع، إذ يشترط بشأنها علاوة على عدم وجود نص فى موضوعها، ألا يكون هذا العرف قد نشأ مخالفا لنص قائم.

الباب الثانى مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها في تدرج القواعد القائونية

تبهيد: ر

القانون باعتباره تعبيراً عن إرادة الدولة، لا يعد إذن أمراً مستقلاً عن الدولة أو بالأحرى المجتمع أو الجماعة التي تعيش داخل هذه الدولة، فالقانون في حقيقته ليس إلا أداة ووسيلة في يد هذه الجماعة، تحقق من خلالها صالحها وتمد عن طريقها حاجاتها وتنفع بها الضرر عن أفرادها.

فوظيفة القانون بصفة عاسة هي خدسة المجتمع وتلبية حاجاته ومتطلباته، ومن هنا فالقانون ضرورة لا مفر منها لأى مجتمع منظم، وحاجة لا غنى عنها للبشر إذا أرادوا العيش سويا، ولذلك فإنه يلزم أن يستند كل قانون إلى حاجة المجتمع إليه وتحقيقه لغايات هذا المجتمع، حتى لا يفقد مبررات وجوده بل ومشروعيته.

وكما نوهنا ملغا فإن لكل مجتمع مقومات معينة تستمد منه، فهى تمثل ماضيه وتعبر عن حاضره وتبلور أخلاقه وتقاليده، وتحدد آدابه ونظمه ومعتقداته، ومن ثم يحرص كل مشرع على أن يضمن فهما يشرعه أن يكون وليد هذه المقومات، وثيق الصلة بواقع المجتمع، مسايراً لحالته الاجتماعية والسياسية والدينية، متفقاً مع عادات هذا المجتمع وتقاليده وأدابه ونظمه وعقائده.

ولذلك فمن الطبيعى والمنطقى فى الدول الإسلامية، أن يحرص المشرع على أن تكون القوانين متفقة مع تعاليم الإسلام الذى تتعبد به الجماعة فى هذه الدول، بأن تجئ مسايرة لعقائدهم ونظمهم، محافظة على تقاليدهم وآدابهم، وهم الكثرة الساحقة فى تلك الدول. غير أن هذا المنطق الطبيعى لم يتبع للأسف الشديد منذ بداية القرن الماضى تقريبا، فى العديد من البلاد الإسلامية إن لم يكن فى معظمها، حيث نقل المشرع - نتيجة ظروف تتعلق بالاستعمار وغير ذلك من أمور لا محل للحديث عنها فى بحثنا هذا - الكثير من القوانين الأوروبية بغير تعديل، لتطبق على المجتمعات الإسلامية دون اعتداد بالفوارق الدينية والاجتماعية والتاريخية، مما جعلها - أى هذه القوانين - تبدو غريبة على تلك المجتمعات، فهى منبتة الصلة بماضيها أو حاضرها، لا تمثل علائها و تقاليدها، ولا تعكس شئ من أدابها و أخلاقها، ولا مكان فيها لدينها و عقائدها.

وكانت النتيجة الحتمية لهذا المسلك أن علت الأصوات منادية بالرجوع الى الحق والمودة إلى الشريعة الإسلامية، وتزايدت الأصوات واشتد عودها، مما نفع المشرع الدمتورى في معظم الدول الإسلامية – والعربية منها على الأخص – إلى النزول على رغبة الجماهير المسلمة وأمانيها، وذلك بالنص في دساتير هذه الدول على أن "الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع(١)، أو على الأقل، هي مصدر ارئيسيا للتشريع(١).

والحقيقة أن الإسلام - من بين الرسالات السماوية - يتميز بأنه لا يقف عند حد تنظيم المعلقة بين الإنسان وخالقه في إطار العبادات والعقيدة، ولكنه يتعدى ذلك إلى وضع نظام محدد السلوك الاجتماعي، يجب على الإنسان المسلم انباعه كاثر من آثار تلك العلاقة وكتتيجة لها وذلك في مجال المعاملات فيما بين الأفراد بعضهم البعض.

والله سبحاته وتعالى يكشف لنا - من خلال تعاليم الإسلام - عن إرادته فحسب، ولكنه لا يجيرنا أن نسلك الطريق وفق هذه الإرادة، إنه يمنحنا حرية

 ⁽¹⁾ مثل نستور الصومال الصنادر عام ١٩٦٠ فى المادة ٥٠ منه ونستور دولية قطر الصنادر عام ١٩٧١ فى المادة الأولى منه.

⁽٢) مثل دستور دولة الإمارات الصالار عام ١٩٧١ ودستور دولة الكويت الصادر عام ١٩٦٧ ودستور دولة البحرين لعام ٢٠٠٢.

الاختيار، فلنا أن نمسّلم مختارين لشريعته، كما نمسّطيع إذا أردنا أن نمير ضد أوامره، وأن نمسّط شريعته من اعتبارنا، مع تحمل عاقبة ذلك، لأنه كيفما كان الاختيار فإن التبعة علينا⁽⁾.

غير أن استعداد أفراد المجتمع للمبير وفق مبدئ الإسلام لتحقيق غلياته، سوف يظل استعدادا نظريا ما لم تكن هناك سلطة علمة تتولى تقنين وتطبيق الشريعة الإسلامية ومنع الخروج عليها في الأمور العلمة ذات الطلبع الاجتماعي، وهو الدور الذي تتأهل له في غالبية الدول السلطة التشريعية فيها، وإلى ذلك يرجع المعبب في نص المشرع الدستورى على أن مهدئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع.

وقد يكون هناك تراخ من جاتب الملطة التشريعية في بعض الدول وعزوف من بعضها عن وضع هذا النص موضع التطبيق. غير أن حبل المماطلة قصير، وسواء طال الزمن أو قصر فسوف تجد الملطة التشريعية في تلك الدول نفسها مجبرة على النزول على حكم الدستور وتقدين ما ألزمها بتقنينه (1).

وإذ تنص المادة ٢ من دستور ١٩٧١ في مصر^(٢) على أن ".... مبلائ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" فإنه يلزم علينا دراسة هذا النص وأثاره فيما يتعلق بتدرج القواعد القنونية، لنحدد بدقة مكانة مبلائ الشريعة الإسلامية في هذا التدرج.

⁽١) محمد أسد: منهاج الإسلام في الحكم - نقله إلى العربية منصور محمد ماضي --

 ⁽۲) الأستذ الدكتور عوض محمد عوض: دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي - الطيعة الثانة - ۱۹۸۳ - حر ۱.

 ⁽٣) وهو ذات النص الوارد في الإعلان الدستورى المبادر في ١١/٣/٣٠٠ والذي ورد كذلك في نص المادة الثانية من مشروع الدستور الجديد.

بيد أنه يلزم علينا أولا أن تحدد المقصود بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية ومنلولها بحمب ما ورد في هذا النص، قبل أن نبين دور وموضع هذه المبادئ كمصدر صادى أو موضوعى التشريع ومكانة أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر ربنمي للقانون، على النحو الوارد فيما يلي.

القصل الأول

مدلول اصطلاح الشريعة الإسلامية وخصائصها

يغفل الكثير من المشتغلين بالدين الإسلامي - سهوا أو عمدا -أن يشيروا في كتاباتهم إلى أن الأحكام الشرعية الإسلامية تتنوع إلى أحكام فقهية اجتهادية وأحكام إلهية قطعية، وأن النزام المسلم والدولة الإسلامية باتباع الدين الإسلامي يقتصر كأصل عام على الإلتزام بالأحكام الإلهية القطعية دون الأحكام الفقهية الاجتهادية.

وفى تقديرنا أن الأولى وحدها هى ما يجوز أن يصطلح على تسميتها بالشريعة الإسلامية، بل ولعلها دون غيرها ما يمكن وصفها بالأحكام الشرعية الإسلامية لما يحمله اصطلاح "الأحكام" أيضا من حتمية الإلتزام بها، خلافا للاراء الاجتهادية التى لا تحظى بصبغة الإلزام ولا بطبيعة الأحكام، ومن ثم فالأفضل أن نخصص للأحكام أو القواعد الاجتهادية اصطلاح "الفقه الإسلامي" وأن يقتصر اصطلاح "الشريعة الإسلامية" على الأحكام والمبادئ القطعية أى الثوابت والأصول ذات المصدر الإلهي والتى لا يتحمل معناها موى دلالة واحدة، مما يتعين معه التمييز بينهما لتحديد مدى الالتزام بكل منها والمراتب التى قد تتدرج فيها، إذ من المجمع عليه أنها ليمت كلها فى درجة واحدة من حيث الالتزام بها أو جواز الاختلاف فيها ما دامت تختلف من حيث ثبوتها ودلالتها، وهو الأمر الذى يغاير بالتالى بين خصائص كل من الشريعة الاسلامية و الفقه الإسلامي، وذلك على النحو الذى سنبينه فى المبحثين التاليين.

غير أنه يلزم الأخذ في الاعتبار أن اصطلاح الشريعة الإسلامية يضم إلى جانب مجموعة الأحكام القطعية، عدد من المقاصد وأخر من المبادئ التي لا خلاف عليها، وهي بطبيعتها ملزمة للمشرع في الدول الإسلامية، فلا يجوز لتشريع إسلامي أن يخالفها أو يناقضها، ولذلك فإن أحكام الشريعة الإسلامية تكون قائمة بذاتها وملزمة للسلطات العامة جميعها باعتبارها مصدرا رسمياً القاتون ومن عناصد المشروعية على حين أن مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية تكون ملزمة على وجه الخصوص لمناطات التشريع في الدول الإسلامية عندما تتولى مناطقة وضع التشريعات للدولة بوصفها من أولى الأمر فيها، وكل ذلك على نحو ما منبينة في الفصول والمباحث التالية.

البحث الأول

التمييزين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي

ترجع أهمية التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي إلى أن عملية التشريع في الدولة الإسلامية أو التي ينص دستورها على أن دين الدولة هو الإسلامية أو التي ينص دستورها على أن دين الدولة هو الإسلام، تختلف باختلاف النصوص التي يستمد منها المشرع قواعده وأحكامه، فالله سبحاته وتعالى ألزم المؤمنين بالطاعة في قوله تعالى:

﴿ يَاكِ الَّذِينَ مَنْ الْمِينُوا لِلهُ وَلِيمُوا الرَّبُولُ فَلِيهِ الرَّبُومِنَكُمْ فِإِنْ لَقَوْمَ إِلَى القوزارُسُولِ إِن تُمْمُ تُقِدَدُونَ إِلَيْهُ وَالْبُورِ الْآخِيرُ وَلِقَتْ مَنْ وَأَحْدَنُونُ فَأُومِلًا ﴾. – سورة النساء : آبة ٥٩.

وتتمثل طاعة الله في طاعة الأحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم، كما تتمثل طاعة الرسول في طاعة ما ورد في السنة الصحيحة من أحكام شرعية، وكلتاهما طاعة مطلقة غير قابلة للخلاف أو التنازع، على حين أن طاعة أولى الأمر تتبدى في طاعة ما يصدرونه من قوانين وأوامر وقرارات وأحكام قضائية، ولكنها طاعة قابلة التنازع في حالة الاختلاف عند تطبيقها، وفي هذه الحالة يكون المرجع والاحتكام في حل الخلاف للأحكام والمبادئ الشرعية الواردة في الكتاب والسنة الصحيحة كما هو واضح بجلاء من النص سالف الذكر (1)، ومن هنا يثور التساؤل عن تلك المبادئ والأحكام الشرعية سالف الذكر (1)، ومن هنا يثور التساؤل عن تلك المبادئ والأحكام الشرعية

⁽١) لا شك في أن لغيف الأمر بكلمة "ولطيعوا" عن أولى الأمر خلافاً شه والرسول دلائته للواضحة في أن طاعة أشه والرسول هي طاعة مطلقة لا مجال فيها اللجتهاد أو محلولة الاقناع أو الاقتناع أو المجاللة حول أهدافها وأغر اضمها أو نتائجها أو دوافعها ومبرراتها وبواعثها، إذ لا مجال بشأتها سوى التسليم التام بأمر الله ورسوله، على=

الملزمة التى ستحكم التنازع أو الخلاف المشار إليه، وبالطبع ستشمل هذه الأحكام كل ما يندرج تحت مسمى الشريعة الإسلامية على نحو ما أشرنا سلقا خلاقاً لتلك الواردة في الفقه الإسلامي من لحكام اجتهادية، ولذلك فعندما تقوم السلطة المختصة بالتشريع في الدولة الإسلامية وهي بطبيعة الحال من أولى الأمر في هذه الدولة، إلى جانب الحاكم ومن يفوضه والقضاة ومن في حكمهم، بعن النصوص التشريعية أو القانونية فإنها يجب أن تفرق بين الشريعة الإسلامية والفقة الإسلامي، وذلك على التفصيل التالى:

أولاً: القصود بالشريعة الإسلامية:

وفقاً لما تقدم فإن أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية تضم مجموع الأحكام الثابتة القطعية التى شرعها الله تعالى فى القرآن والمنة النبوية الصحيحة، ولا تحتمل شكا ولا تأويلا، وليست بالتالى موضع اجتهاد ولا محل خلاف، ولا تتغير بتغير الأحوال أو الزمان أو المكان، ولا يسوغ للمسلمين أن يتقرقوا فيها، وهى تمثل فى مجموعها الأصول والعقائد والمبادئ والأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى شرعها الله التنظيم بعض جوانب حياة الفرد والمجتمع على الأرض، وهى ولئن كاتب تشمل عديد من أصور العبادات (أ) والمعاملات التى تضم جميع فروع القانون المتفق عليها، وهو معنى إلا بجانب المعاملات التي تضم جميع فروع القانون المتفق عليها، وهو فى هذا الصدد يلتزم بإعمالها التزاما كاملاً فلا طاعة لمخلوق فى معصية فى هذا الصدد يلتزم بإعمالها التزاما كاملاً فلا طاعة لمخلوق فى معصية

[—]خلاف طاعة أولى الأمر أو بالأحرى قوانينهم وأولمرهم، فهي ليست طاعة مستقلة إذ هى قابلة وفقاً للنص للتنازع والإختلاف، وسبيل حل هذا الخلاف هو العودة إلى الله ورسوله أي إلى الكتاب والسنة الصحيحة القطعية ومبادنهما وإلا تعين الالتزام بأمر الولى واجتهاده التزاما بطاعته كما ورد في النص، مع ملاحظة أن الأصل في ولاة الأمر هو التعدد، أي تعدد السلطات ومن يماكون حق الأمر باسمها، ومن ثم فقد يقع التلزع بينهم أو بين لحد الولاة وأفراد المجتمع، كما أن رضاء المجتمع بتصرفات أولى الأمر ينفي وقوع التنازع والحاجة إلى مسه.

⁽١) وتشمل أساسا العلاقات بين العبد وربه والأصل فيها الاتباع.

⁽Y) وهي تعنى بعلاقات الأفراد فيما بينهم والأصل فيها الابتداع.

الخالق، وهو لا يلتزم جوهر هذه الأحكام القطعية فحسب، بل وقد يلتزم بالفاظها ومصطلحاتها كما وربت في نصوص الكتاب والمنفة، ومن ثم يقتصر دور ملطة التشريع إزاء هذه الأحكام على الصياعة والتقنين الذى لا يغير الحكم بل يكفل تطبيقه وفقاً لإجراءات مرنة تتبح لقلضي عند التطبيق تنزيل النص الشرعي المجرد على الوقائع العملية التي يحكمها النص الوارد في التقنين وفقاً لمضابة التي يحكمها النص الوارد في التقنين وفقاً لمضابة باعباره النص الواقعة المطروحة أمامه باعباره النص الواجب التطبيق عليها.

غير أنبه بلغ م ملاحظة أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تشمل كل احتياجات الانسان في النظام الاجتماعي الذي يضم مجموعة القوانين التي يحتاجها المجتمع لتنظيم شتى الروابط والعلاقات تفصيلاً، لأن شمولية الشريعة لكل شيرٌ و فقاً لقوله تعالى "ما فرطنا في الكتاب من شيرٌ" تنصيب بالدرجة الأولى على الكليات والإطار العام لحركة الإنسان والمجتمع، أما التفاصيل والجزئيات فأمرها متروك للمسلمين يعالجونها بحسب مقتضيات ومصالح الزمان والمكان والأحوال بما بحقق حاجات النياس ويلبي مطياليهم ويساير أغراضهم المعتبرة، ولذا فإن الأحكام الشرعية في هذا الجانب بالذات جاءت في الغالب "أصولا كلية" و"قواعد عامة" مقرونة بعللها حتى يفهم أن الحكم فيها يجب أن يكون مصاحبًا لعلته، فإذا زالت العلة ارتفع الحكم وتبدل بأخر . وعلي مبيل المثال لم تأت الشريعة الإسلامية فيما يتصل بنظام الحكم بصورة تفصيلية محددة، بل اكتفت بالنص على جملة من المبادئ العامة التي يتعين على المسلمين الاسترشاد بها، وفقاً لحاجات الزمان وشروط المكان، دونما حتمية أو الزام في فرض نموذج معين و بذلك تركت النصوص مجالاً رحباً لحركة العقل المجتهد حسب دواعي التطور التاريخي والاجتماعي ومتطلباته، فشاهدنا طرقا متعددة لتولى الحكم -- مثلًا -- بالنسبة الخلقاء الر اشدين، فلم باتنزم المسلمون بعدهم بطريق معين منها باعتباره الطريق الشرعي والإسلامي الوحيد فيكون حجة علينا إن تركناه إلى غيره، ولذلك فالمشاهد أنه في كل ما يتعلق بشئون السياسة ونظام الحكم في الإسلام فهو قابل التطور والتغير بحكم حركة التطور الطبيعي التي لا تتناقض مع جوهر الدين وحركته ومع المبادئ والكليات وخلصة في البيعة والشورى واسعها، فهي ليست بتشريع مفصل الحاضر أو للمستقبل بقدر ما هي إطار عام مجمل افلسفة نظام الحكم في الإسلام وليس نظاماً له، فالشريعة الإسلامية في مثل هذه الأمور تعني بالمقاصد والفابات وليس الوسائل والسبل والنظم التي تحقق هذه المقاصد وتلك الفابات، ولذلك وتسمن الشريعة الإسلامية كثير من المبادئ العلمة وعديد أي قليل – من الحكام الشرعية التفصيلية.

والخلاصة أن المشرع في الدولة الإسلامية بلتزم في كل عصر وزمان بالنصوص القطعية ثبوتا ودلالة في القرآن والسنة الصحيحة، وتستوى في ذلك الأحكام الكلية أو التفصيلية فيها إذ أن علم الله قد سبق في ثبلت هذه الأحكام وتوحدها في منتلف الأزمان والأماكن والظروف، ومن ثم فإنها لا تغتلف باختلاف الأئمة، إذ لا مجال فيها لتطور أو تجديد، فهي المصلحة بعينها والرحمة كلها والعدل كله لأنها حكم الله وفي إعمالها صلاح لأحوال الناس في دنياهم وأخرتهم، فهي تتميز بالثبات والاستمرار لأنها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان بسبب مصدرها الإلهي، وبالتالي لا يجوز تغييرها حيث لا ضرورة تدعو إلى التغيير، فقد صيغت أحكامها وأوامرها ونواهيها بحيث لا شعارض مع الطبيعة البشرية الإنسان والمطالب الجوهرية المجتمع في كافة للمسائل التي تتكثر بطبيعتها بالتطور الاجتماعي الإنسان، تاركة بذلك المجال المعتل، ما لم تكن المسائة مما لا يصمها التغيير حتما كاتبجة النطور المجتماعي مثل العلاقات الإنسانية بين الناس والتي تبعد كل البعد عن التاثر الاجتماعي مثل العلاقات الإنسانية بين الناس والتي تبعد كل البعد عن التاثر بالتغير الزمنى أو بظروف المكان، وبالقطع لا نتوقع فى أحكام الشريعة الإسلامية أن تكون قد تصنعت لمسائل هى فى طبيعتها سيالة أو مرنة ومتحركة، حيث تتنرج هذه المسائل فى إطار ما يعرف بمنطقة المغو أو الفراغ التى تركها الله سبحانه وتعالى للإنسان ليبدع فيها حلوله التى توانسه وتتوافق مع ظروفه وبينته، وفيها تختلف الاستراتيجيات ووسائل تطبيقها بين منطقة وأخرى من العالم، وبالتالى تتنوع الأنماط والحلول مما يؤكد أنه ليس ثمة نظام محدد لها يصلح فى كل زمان ولكل مكان.

وعلينا أن نحذر جيداً من إحداث الفتة من خلال تأويل بعض الأحكام غير القطعية، إذ يقول الله تعالى في كتابه الكريم:

﴿ هُوَ الَّذِي َ أَنَهُ مَلِيَهُ الكِتَبَ مِنْهُ مَنِيكُ فَنَكَتُ هُنَّ أَمُّ الْكِتَبِ وَأَثَرُ مُتَتَكِيمَكُ قَانَا الَّذِينَ فِي تُقْرِيدُو نَتَغَ يَتُمُّمُنَ مَا تَتَهَدَ مِنْهُ التِقَالُهِ الْفِنْدَةِ وَالْفِقَةَ تَأْمِيلِهِ. وَمَا يَسْمَ تَلْهِيلَهُ، إِلَّا اللهُ ﴾ -سورة آل عمران: لية رقم ٧.

وفى تقديرنا أن من الأيات المحكمات تلك التى تحمل أحكاما قطعية الدلالة، إذ المقصود بها الأيات التى أحكمت عبارتها فصارت واضحة المعنى بعيدة الاحتمال، أي معينة المعنى واضحة لا شبهه فيها (1)، أو حكمت عبارتها بأن حفظت من الاحتمال والاشتباه (1)، فلمحكم ما هو واضح قائم بنفسه لا يفتقر إلى استدلال (1)، أما الآيات المتشابهات فهى الآيات التى تتضمن أحكاما طلنية الدلالة، والتى تحتمل التأويل، فهى ليمت من أم الكتاب، وقد يتعمد البعض ممن يدعون الثقة فى الدين وفى تلويهم زيغ النباعها "ابتفاء الفتتة وايتفاء تأويله (1)؛

⁽١) راجع: معجم ألفاظ لقرآن الكريم المسادر عن مجمع اللغة العربية - القاهرة ١٩٨٨ - . الجزء ١ ص ١٣٤.

⁽۲) الزمخشرى: الكشاف - الجزء ۱ من ۳۳۷.

⁽٣) فخر الدين الطريحي: تفسير غريب القرآن - تحقيق كاظم الطريحي - ص ١٥٠.

⁽٤) وأد أدان القرآن الكريم إحداث الفتقة في أكثر من موضع، وأهميا أن "الفتقة أشد من القتل" - البقرة: أيد ١٩١٨، والفتنة معناها الفتل" - البقرة: أيد ١٩١٧، والفتنة معناها مدلب الحرية والفتل معناه سلب الحياة، ومع ذلك فيل أنه تصالى أكد على أن سلب الحرية أشد وأكبر من سلب الحياة أي أن الحرية أهم من الحياة بلا حرية.

وما يطم تأويله إلا الله، أما الراسخون فى الطم فيقولون "أمنا به كل من عند ربنا"، "ربنا لا ترخ قلوبنا بعد إذ هدينتا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب" سورة آل عمران: أية رقم ٨.

وعليته بمكن تعريف البثيريعة الاسلامية بأنهيا مجموعية المبيادي والأحكام الشرعية القطعية التي مبنها الله سيحانه وتعالى للناس جميعا على لسان محمد صلى الله عليه وسلم، وو فقاً لذلك فإن "أحكام" الشريعة الإسلامية يتوافر بشأتها خصائص أحكام القانون والشرع أو بالأحرى خصائص القاعدة القانونية، وعلى رأسها العمومية والتجريد والقابلية التقنين ومن ثم تتمتم هذه الأحكام بقيمة تشريعية ملزمة للكافة باعتبار ها جزء من البناء القانوني للنولة و تحتل مكانة عليا فيه، و هي في تقدير نا تقع على رأس المبادئ العامة للقانون، الماز مة يطبيعتها وبذاتيتها للكافة، أما "ميلائ" الشريعة الإسلامية، فإنها بالقطع تتمتع بالإلز لم كالأحكام، ولكنها ملزمة أساسا للسلطات العامة أي و لاة الأمر، حيث تظهر الحاجة إليها عند التنازع بينهم أو معهم، فيكون حل هذا التنازع كما قلنا سلقاً برده إلى كتاب الله وسفة رسوله الصحيحة، ليس من خلال "أحكام" الشريعة المازمة بطبيعتها وذاتيتها، وإنما من خلال "مبادئ" الشريعة التي بتعين على ولاة الأمر وخاصة السلطة التشريعية في الدولة الإسلامية الالتزام بها في تصر فاتهم سو ام كانت تشر بعات وقو انبن أم أحكام قضائية أو أو امر إدارية أو سيادية أم معاهدات واتفاقيات دولية أو أية صدورة أخرى لهذه التصير فات

وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية على الريط بين مبادئ الشريعة الإسلامية (أو الأحكام القطعية فيها، فقضت صدراحة بأن "الأحكام الشرعية

⁽١) ومن أمثلة مبادئ الشريعة الإسلامية المتفق عليها مبادئ أن الأمور بمقاصدها، وأن درء المقاصد مقدم على جلب المصالح، ومد الذرائع لها يكون طريقاً لمحرم فإنه بأخذ حكمه، وقاعدة لا ضرر و لا ضرار وأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ومن ثم يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، كما يمكن القول بأن المبادئ للعامة لنظام الحكم في الشريعة الإسلامية تشكل في الحرية والعدل والمعلورة والشوري.

التي اعتبر ها النستور المصدر الرئيسي التشريع بموجب نص المادة (٢) منه هي تلك القطعية في ثبوتها و دلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي لا تحتمل اجتهاداً، وليست كذلك الأحكام الظنية في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معا، و هي التبي تتسم للدائرة الاجتهاد فيها تنظيماً للشؤون العباد، وحمايلة لمصالحهم"(١)، وبأته "لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها و دلالتها ... و التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبلانها للكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلا أو تبديلاً، ومن غير المتصور تيما لذلك أن يتغير مفهومها بتغير الزمان والمكان، إذ هي عصبة على التعديل و لا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها ... ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها و لا تمتد لسواها، و هي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحبوبتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها"(١)، كما قضت المحكمة بأن "الاجتهاد و إن كان حقاً لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق مقرراً لولى الأمر ، ببذل جهده في استنباط الحكم الشرعي من الدليل التفصيلي، ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بعباده، وتسعها الشريعة الإسلامية التي لا تضفي قدسية على أر اء أحد من الفقهاء في شأن من شنونها، و لا تحول دون مر اجعتها و تقييمها و ابدال غير ها بها بمر اعاة المصلحة الحقيقية التي لا تناقض المقاصد العليا للشريعة، فالآراء الاجتهادية لا تجاوز حجيتها قدر اقتناع أصحابها بها، ولا يساغ تبعا لذلك اعتبارها شرعا مقررا لا يجوز نقضه .. "(").

 ⁽۱) حكمها في ۲۰۰۸/۷/۱ قضية ۱۱۱ أسنة ۷۷ق دمتورية، منشور بالجزء (۱۲) مجلد
 (۲) من مجموعة أحكام المحكمة ص ۱۱۵۰.

 ⁽۲) حكمها في ۲۰۰٤/۱۲/۱۹ قضية ۲۱۹ أسنة ۲۱۵. دستورية، منشور بالجزء (۱۱) مجاد (۱) من مجموعة أحكام المحكمة من ۱۱۶۳.

 ⁽٣) حكمها في ١٩٩٧/٧/٥ قضية ٨٢ لمنة ١٧ ق. نستورية، منشور بالجزء (٨) من مجموعة أحكام المحكمة ص ٦٩٣ - راجع كذلك حكمها في ١٩٩٦/١/١ قضية ٥ لمنة ٨ ق. نستورية منشور بالجزء (٧) ص ٣٤٧.

ثانياً: القصود بالفقه الإسلامي:

يخلط جانب كبير من علماء الدين الإسلامي بين أحكام ومصدادر كل من الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية، فبعضهم يراها كلها فقها إسلامية، وأخرون يرونها جميعا شريعة إسلامية، وفريق يرى أن الفقه الإسلامي هو المع بالأحكام الشرعية أيا كان مصدرها، على حين يذهب جانب آخر منهم إلى أن الفقة الإسلامي هو تلك الأحكام نفسها.

والصحوح أنه إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية — كما خلصنا إليه فيما سبق — هي الأحكام القطعية ثبوتاً ودلالة في القرآن والمننة الصحيحة، وهي بنك لا تتغير ولا تتبدل، فيلتزم المشرع بتقنينها واستنباط أحكام التشريع الإسلامي منها في كل زمان ومكان، باعتبارها أحكام شرعها الله ومن يخالفها الإسلامي منها في كل زمان ومكان، باعتبارها أحكام شرعها الله ومن يخالفها الشرعية غير القطعية، نصوصاً ومقاصدا، وهذا الفهم قابل للاختلاف والتغيير باغتلاف الظروف والأحوال، فالفقيه يعبر عن فهمه ادلالة النصوص غير القطعة الدلالة، وقد يوافقه على ذلك الفهم غيره ويخالفه آخر، وقد يعدل عنه خاتم، فاجتهادات الفقهاء ليست هي الشريعة حتى وإن كانت مقبولة في عصرهم، إذ قد تكون غير مقبولة في عصرهم، إذ قد تكون غير مقبولة في عصرهم، إذ قد تكون غير مقبولة في عصرنا لتغير الأحوال، ومن ثم يرجع إليها فقط للاستئناس وليس للتقييد أو الالتزام، وبالتالي لا يتقيد بها المشرع إلا إليها نقط المستئنام وليس للتقييد أو الالتزام، وبالتالي لا يتقيد بها المشرع إلا المرابعة الإسلامية القطعية، وهذه الاجتهادات هي التي يمكن أن نطلق عليها الشرعة الإسلامية القطعية، وهذه الاجتهادات هي التي يمكن أن نطلق عليها وحدها اصطلاح الفقه الإسلامي، ومصادرها الرأي والاجتهاد يصفة عامة.

وعليه بمكن تعريف الفقه الإسلامي بأنه تراث الأسة من الأحكام الاجتهادية الظنية، وضعها واستنبطها المجتهدون وأصحاب الرأى في العصور الماضية، في مسائل المعاملات التي اقتضت حاجة جماهير المعلمين ومصالحهم تشريعها، وذلك من خلال طرق الاستنباط والاجتهاد والاستدلال من

الأدلة الكلية أو العلم بها. وتخصع هذه الأحكام لقاعدة "تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والأحوال" لتكون قادرة دوماً على مواجهة المشكلات الواقعية، ولذلك فهى قواعد مرنة بطبيعتها - خلاقاً لأحكام الشريعة الإسلامية - قابلة للتغير بحسب اقتضاء للمصلحة لذلك زماتاً أو مكاتاً أو حالاً، إذ أنها تتبدل مع تبدل المصلحة، وبالتالى تظل موضعاً للنظر والاجتهاد واختلاف الفقهاء بصدد كل ما لم يرد فيه من الشرع دليل يفيد اليقين، كما يدخل تحت مظلة هذه الأحكام كل الموضوعات التى تجد فى حياة الناس ولم يرد بشانها نص خاص جلى أو ثمة دليل مباشر من الكتاب أو السنة القطعية.

وتأسيسا على ما تقدم فإنه من الخطأ الفلاح أن نجعل من فقه المعاملات مثلاً في مذهب معين دينا متزلا، لأنه - أي هذا الفقه وذنك المذهب - هو جهد إنساني بشرى معنى بما هو متغير بتغير المجتمعات ومطالب الإنسان، ومما يستجبب لظروف الحياة البيئية والزمنية، ومن هنا فهو - أي الفقه الإسلامي بصفة عامة - غير قابل التقنين على عكس الشريعة الإسلامية كما سنوضح لاحقاً.

غير أن ذلك لا يعنى قطع كل صلة بالفقه الإسلامى أو الإحاطة بكافة الأحكام الظنية دون تمبيز، أو رفض كل اجتهاد سابق ولو كان صائبا، فالأحكام الفقهية الاجتهادية هى تراث فقهى هاتل وثروة عقلية لا بجحد قيمتها إلا جاهل أو مغرض، فمن الثابت أن قسطا كبيرا من الأحكام الفقهية المساندة حتى اليوم، كان من ثمرات اجتهاد الفقهاء والمعلمون فى العصور المعاففة، وصلوا إليها على أساس دراساتهم العميقة لكتاب الله والسنة الصحيحة، إلا أن هذه الأحكام المستنبطة كانت ولا شك متأثرة بالأسلوب الذى يعالج به كل مجتهد موضوعه، وبطريقة فهمه الخاص القرآن والسنة، وكذلك بالبيئة العقلية والاجتماعية التى سادت عصره، ولما كانت هذه البيئة تختلف كثيرا عن بيئتنا المعاصرة، فإن هذه مدات عصره، ولما كانت هذه البيئة تختلف كثيرا عن بيئتنا المعاصرة، فإن هذه

الاستنباطات أو بعضها على الأقل تختلف حتماً عن الاستنباطات التي قد نستطيع الوصول إليها في الوقت الحالي.

والحقيقة أن الفقه الاسلامي ليس كله مجر د نظر ات و فروع و إنما يتضمن كذلك أبنية تشريعية متكاملة مستنبطة بطريق الاجتهاد والنظر ، فهي حميمها أحكام اجتهائية غير مازمة، ومع ذلك فإنه يمكن المشرع في كل عصر أن يختار منها ما يلزم الناس، ولكن له كذلك أن يتجاوزها ويأتي بما هو أصلح لعصره و زمانه و تأميساً على أن رأى أي مجتهد ليس حجبة مازمية على المسلمين، وأنه ليس على أي انسان إلز أم بأن يأخذ بمذهب فقهي معين دون استعانة بفقه أو اجتهاد غيره من مذاهب المجتهدين، لأن الفقه الإسلامي في مجموعه _ بهذا المعنى _ هو تراث وتجارب وعقول تضاف على أعمارنا و عقولنا و تجارينا، وو اجبنا أن نعمل على الإقلاة منه وعلى استلهامه ولكن دون التنكر للعقل وبراهينه، وليس ثمة شك في أن الإيمان بأحكام الشريعة الاسلامية لا بتجافى مع مراعاة المصالح المتجددة والمتطورة بتجدد الحياة وتطور ها لأتها معصومة بالنظر إلى مصدر ها الإلهي، أما مفاهيم البشر فهي غير كذلك فالبشر يؤخذ من كلامهم ويترك ويقبل من أرائهم ويرفض ويناقشون فيما يقولون ويفعلون والتسليم لهم بغير مناقشة ذل وعبودية وإهدار لنعمه العقل وملكة البحث، إذ من المؤكد أن يختلف فهم فقيه عن فهم فقيه آخر وفهم كل واحد مهما علا قدر ويحتمل الخطأ والصواب لأنه غير معصوم والتخطئة هنا تنصرف إلى فهم الفقيه لا إلى النص الشرعي.

ولما كان نظام الحكم فى الإسلام يقوم على عدة دعائم، على رأسها الشورى لقوله تعلى "وأمرهم شورى بينهم" - الشورى: آية ٣٨ بما مفاده أن السلطة التشريعية تستمد شرعيتها من هذه الشورى التى تتم "بينهم" أى بين الخاضعين للأحكام والقوانين التى تسنها تلك المسلطة، فإنه لا يجوز الزعم بأن الاحكام الاجتهائية المسابقة التى تتعلم بشأتها الشورى المعاصرة تكون ملزمة لنا، ولذلك فإن الصفة "التشريعية" التى يضفيها البعض على هذه الأحكا

الاجتهادية المستنبطة، والتى فى نظرهم جزءاً لا يتجزأ من الشريعة الإسلامية، يلزم استبعادها تماماً. إذ أن هذه الأحكام أو بالأحرى هذا الفقه الذى ورثناه عن فقهاء الدولـة العباسية وغيرهـا مهمـا بلغت دفتـه، فابـّه لا يرقـى إلـى مرتبـة النصوص التشريعية.

صحيح أن الأحكام التي جاء بها القرآن والأحليث النبوية الصحيحة لا تكلى وحدها للإحاطة بكل ما يقع من الأحوال القانونية التي تحتاج إلى حلول، مما حتم على الفقهاء الاجتهاد والإسهاب والتوضيح لنصوص القرآن والمنقة، إلا أنه - كما قبل بحق⁽¹⁾ - لا القرآن ولا المنة يقدمان أي تفويض بمثل هذا التوسيع (الاعتباطي) المشريعة نفيها، وأن المرء أن يناقش المسألة - كما ناتش كثيرون من أعظم فقهاء هذه الأمة عبر الأجبال - فيقول أن المدى المحدد للحكام المنصوصة في القرآن والمنفة لم يكن نتيجة سهو وقع من الشارع، ولكن على العكس لقد أراد به أن يكون در عا لا غنى عنه يقى الأمة من الجمود التشريعي والاجتماعي، فهو لم يرد أن تعالج الشريعة بالتفصيل كل ضرورات الحباة ومشاكلها التي تخطر على البال، ولكنه أراد أن يحدد بلحكامه المنصوصة المجال الاجتماعي الذي يجب على الأمة أن تتطور في حدوده وترك هذا المعد الهائل من المسائل القانونية المحتملة الوقوع لتعالج كل منها على ضموء مقتضيات العصر وتبعاً لتغير الظروف السائدة. وعلى هذا فإن المشريعة الحقيقية أكثر إيجازا وأصغر حجماً من ذلك البناء القانوني الذي ساهمت في تضخيمه وتوسيعه المذاهب الققية.

والمسلم الحق يعرف أن النصوص التي تضمها الشريعة الإسلامية لم تتتاول بالتفصيل كل شئ وإن الله تعالى بين لنا حكمه في أشياء وسكت رحمة بنا عن أشياء أخرى. وهذا السلوك تفويض لنا بالاجتهاد ودعوة إلى استعمال العقول واستجلاء وجوه المصالح والمفاضلة بين الحلول والبدائل.

⁽١) محمد أمد: المرجع السابق - ص ٣٤.

والخلاصة أن النصوص القطعية في القرآن والسنة الصحيحة هي وحدا التي تشكل في مجموعها الشريعة الإسلامية الحقيقية الخالدة، وما عدا للك فهى اجتهادات وصل إليها الفقهاء كاتعكامات لرزمن معين أو لحاللة اجتماعية محددة، تفيد حتماً في الاستهداء بها كمصدر مادى للتشريع، ولكنها لا اجتماعية المناز إلى مرتبة النصوص الملزمة، والحقيقة أن هذا التراث الفقهي العظيم من الأحكام الاجتهادية هو سلاح ثو حدين، فبالرغم من تعاظم الاستفادة من هذا التراث، إلا أنه أدى في ظل غياب الفهم الصحيح للحكم الشرعية ونطاقها المحدد، إلى محنة الفقه الإسلامي أو أزمته التي نعيشها حالياً ومن زمن بعيد، والتي ترجع أساساً إلى اعتماد التقليد منهجا للفقه يدلاً من الاجتهاد، وذلك على النحو الذي ستوضحه تالياً.

ثَالثاً: أَزْمَةَ الفَّقَهُ الإسلامي الماسر:

بدأت الأزمة للحقيقية في الققه الإسلامي في تقديرنا نتيجة التوقف عن إعمال العقل والاجتهاد والاكتفاء بالتقليد وشيوع فكرة غلق بلب الاجتهاد بغير منذ أو مبرر مما أدى إلى تعصب معظم فقهاء المسلمين لأفكار ومذاهب الأئمة الذين سبق لهم الاجتهاد ووقوع الشقاق والخلاف وليس مجرد الاختلاف بينهم وهو ما انتهى إلى إحداث الفرقة والتغرق بين المسلمين أنفسهم فاققسموا شيعا واحزابا شتى وتوهم أنصار كل فريق منهم أنهم - دون غيرهم - الفرقة الناجية، واختلام الأمر على المسلمين بين الإيمان والخرافة، والالتزام والتحجر، وعجزت غابيتهم عن الجمع بين المقل والنقل وعن النص والفهم وعن الوهى والتراث، فكانت النتيجة مواقف متشنجة تحولت بالتالي إلى العنف الدموى.

وإذ لا يسمح المقام في هذه الدراسة بالبحث القفسيلي في هذه الأزمة بل المحنة التي ألمت بالمسلمين وعواقبها المسينة للإسلام في حد ذاته، فإننا نكتفى بالإشارة إلى بعض النقاط الرئيسية التي كان لها تأثير بالغ - في تقديرنا لمشيوع الجهل بلحكام الشرع الحقيقية وأصوله ومقاصده، والخلط بين الحق والصواب وبين التوحيد والكهنوث، وذلك فيما يلي:

أ ـ التقليد ليس اجتهاداً وبالثالي ليس من الفقة الإسلامي:

على غرار التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي يتعين في تقدير نا كذلك التمييز بين الاجتهاد بالرأى وبين تقليد الرأى و عدم الخلط بينهما، فمن المسلم أن الاختلاف في الرأي بين الفقهاء قد وقم كثير أيل كثير أجداء فالأحكام الظنية التي هي محال الاجتهاد تقبل يطبيعتها تعدد التفسير ات يتعدد الأفهام، والإختلاف في هذه الأحكام الظنية والعملية لا منبر رفيه و لا خطر منه، و هو رحمة بالأمة ومرونة في التشريم الإسلامي، وقد اختلف فيها أصحاب الرسول عليه الصلاة والسلام ومن تيمهم بلحسان فما ضرهم ذلك شبئاً وما نال من وحدتهم ومكانتهم كثيرا و لا قليلاً، ويغير شك فإن المحكمة بالغة أدر كما ها لاء الأولين، حين جعل من الأحكام الشرعية ما هو قطعي الثبوت والدلالة، فلا مجال للإختلاف فيها أو الالتزام بها، و هذا هو القلبل بل الأقل من القليل، وجعل منها الظني في ثبوته أو دلالته أو فيهما معا، فهذا يما فيه مجال رحب للختلف، و هو جل الأحكام الشرعية في الإسلام، وهناك من العلماء من أتاهم الله القدرة على التمييز بين الشرع والواقع وبين الشورى والطاعة وعلى التحقيق و التمحيص و الترجيح بين النصوص و الدلالات، و لكن محاو لات هؤ لاء من قبل لم ترفع الخلاف ومحاولات غيرهم من بعد لم ترفع الخلاف ولن تر فعه، لأن أسباب الخلاف قائمة في نفوس النشر وطبيعة الحياة، والأفة الكبري أن يسفر هذا الخلاف عن تعصب مقبت وفرقة مدمرة، وقد اختلف أصحاب الرسول في حياته كما أشرنا في كثير من المسائل الفرعية أو الأحكام العملية فوسع بعضهم بعضا ولم يعب بعضهم على بعض، وأقر الرسول الكريم هذا الاختلاف الذي وقم بعضه في حياته دون أن يلوم أحداً من المختلفين، إذ اقترن هذا الإختلاف الفقهي بالتسامح وسعة الأفق فلم يتحول إلى خلاف شخصي بين الصحابة والأنمة من بعدهم، إلى أن تحول هذا الاختلاف لدى البعض من التابعين والمقلدين إلى تعصب واتهام وضيق النظر، فتبدل الأمر إلى خلاف

وفرقة وتغرق أدى فى النهاية إلى انقسام المسلمين إلى شيع وأحزاب سياسية نتستر بعباءة الدين، والنتيجة أحكام شوهاء واستنتاجات غربية، وإقصاء الأخر تحت وهم التميز، واقتناع كل فريق بأن ما لدى مذهبهم من آراء هى الدين الذى لا يجوز لأحد أن يفرط فيه أو يخالف، وما لدى غيرهم ضماللة وابتداع، وصاحب ذلك كله فتوى البعض بغلق باب الاجتهاد والتحول من ثراء المقل إلى فقر التقليد البعيد تماماً عن الاجتهاد، مما أدى إلى اعتناق كثير من المسلمين شريعة الفقهاء بدلاً من شريعة الله وشرعه!".

وفى تقديرنا أن اصعطلاح الفقه أو الفقهاء لا يتحقق فيمن تحولوا إلى مقلدين لأتمتهم أو نبقلين عنهم، فالفقيه المجتهد يعلم بيقين أن أراء الفقهاء واجتهادهم ليست شرعاً واجب الاتباع، وإنما هى فهم بشرى لنصوص الشريعة وقواعدها العامة ومقاصدها وأولوياتها، ولهذا تحتمل الصواب والخطأ، وهي ليست لها صفة الثبات والخلود، فالمقدس والكامل هو الوحى الإلهى، أما الفهم البشرى لمه فإنه ليس كاملاً ولا مقدساً، ولذلك فإننا نعتقد بأن المقلدين وليس الفقهاء هم الذين تمبيوا في فرقة المسلمين، تحت وهم قدرتهم على أن يجمعوا الناس على رأى واحد، وقالب واحد يصنعونه هم لهم، ليمشون فيه ورانهم، أو النس على رأى واحد، وقالب واحد يصنعونه هم لهم، ليمشون فيه ورانهم، أو وأجهدوا المسلمين ومعظم الناس معهم، وانتشر التمصب والتباين والعداء، وماع الاتهام المتبادل بين المقلدين بالمروق من الدين أو الابتداع فيه لكل من يرفض تقليدهم واتباعهم، ومرد ذلك كله أن اتباع كل مذهب جهلوا ما لمدى غيرهم بوجه عام، حيث حصروا أنفسهم في دائرة الأراء المذهب جهلوا ما لمدى يرمونها ويرونها وحدهم على اتباع يلمذاهب يدعن ومن عداهم على اتباع يلمذاهب للحق ومن عداهم على اتباع يلمذاهب الحق ومن عداهم على اتباع إلمذاهب الحق ومن عداهم على اتباع إلمذاهب الحق ومن عداهم على اتباع يلمذاهب المحق ومن عداهم على اتباع يلمذاهب المحق ومن عداهم على اتباع يلمذاهب

الأخرى تقليدهم لأنمتها، على حين يطلبون من جماهير الناس أن يقلدهم ويتبعوهم، والنتيجة الحتمية لهذا التقوقع الفقهى تبادل التهم بين أتباع المذاهب ورعم كل فريق أنه على الحق دون سواه، وتحول المذاهب إلى أديان، وتحول أصحابها إلى أرباب من دون الله.

ب التعسب في الذاهب الفقيية الإسلامية أدى إلى التقرق النهي عنه شرعاً:.

من الثابت بلا مراء أن الله تعالى قد نهي في كتابه العزيز عن التفرق والخلاف بنصوص قطعية وذلك في قوله تعالى: ولا تكونوا كالذين تغرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات وأولتك لهم عذاب عظيم - سورة آل عمر ان: أية ١٠٥، وقوله تعالى: وأقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه - سورة الشورى: أية ١٣، وقوله تعالى: ولا تكونوا من المشركين من الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً، كل حزب بما لديهم فرحون - سورة الروم: آية ٣٢، فمن الجلي من تلك الآيات وغير ها أن إحداث الفرقة والتشيع - أي التعصيب - لأي حزب أو مذهب يو صع صاحبها بالمشرك ويحق عليه بالتالي عذاب عظيم، بل إنه من الواضح أنه إذا أراد الله أن يعذب قوم فإنه يتوعدهم بالتفرق، وهو ما يبين جلياً من قوله تعالى: قل هم القادر على أن بيعث عليكم عذاباً من فوقكم أو من تحت أرجلكم أو بلسكم شيعاً (أي فرقاً مختلفة الأهواء) ويذيق بعضكم بأس بعض، أنظر كيف نصر ف الآيات لعلهم يفقهون - سورة الأنعام: أية ٦٥، ولذلك ليس أمام المسلمين سوى أن يكونوا أمة واحدة وأن يعتصمون بحبل الله جميعا ولا يتفرقوا، اتباعا لقوله تعالى: واعتصموا بحيل الله جميعاً ولا تفرقوا وانكروا نعمة الله عليكم إذ كنتم أعداء فالف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخوانا، وكنتم على شفا حفرة من النار فأتقنكم منها، كذلك ببين الله لكم آياته لعلكم تهتدون ... مبورة آل عمر ان: آية ١٠٣، وقوله تعالى: وأطيعوا الله ورسوله ولا تتازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم وأصبروا إن الله مع الصابرين - سورة الأنفال: آية ٤٦، ولذلك فإن من أعظم أصول الإسلام هو الاعتصام بحبل الله جميعا وألا نتفرق

لأن البلب الرئيسي للفساد الذي وقعت فيه هذه الأسة وغيرها هو التقازع والتعصب والتفرق والتشيع، والمصدر الخصب لكل ذلك هو التقليد وتعطيل العقل واستبداله بالنقل.

فالإسلام جاه ثورة على الطواغيت والظلمة، محرراً إرادة الإنسان من عودية لغير الله، وبالتالى فهو حر لا سيادة لإنسان آخر أو لطبقة أو لأى مجموعة بشرية عليه، فالإسلام لا رجال دين فيه تكون لهم عصمة، والفقهاء رجال علم، قيمة ما يقولون تتأتى من قوة الدليل وصحته وليس من مركز المعصومية التى لا تخطئ، ويترتب على ذلك تحرر الإنسان من سلطان البشر وتسلط الطفاة ومن الخضوع لأى أحد مهما كان ومن سلطان الخوف على الحياة أو المنصب، فما من أحد يملك عليه ضراً ولا نفعا، وما من أحد يرزقه من شئ في الأرض ولا في المساه، عليه ضراً ولا نفعا، وما من أحد يرزقه من شئ في الأرض ولا في المساه، وليس بينه وبين الله وسيط ولا شفيع ومن ثم لا يجوز أن يتخذ الناس بعضهم بعضا أربايا من نون الله، فليس لأحد منهم فضل على أحد إلا يعلمه وتقواه ('') بمنطقلال المستغلال الإستغلال الإستغلال المستغلال الإستغلال ومبطرة الإنسان على الإنسان.

وليس من شك في أن مجرد تصور الإنسان بأن لا أحد في الكون يحق له التحكم فيه بخياراته سوى الله سبحاته وتعالى، يولد لدى لإنسان طاقة هائلة على الفعل والإبداع ومن ثم رفض الكوابح والمعوقات والمواتع التي ينصبها طغيان بعض البشر على البعض الأخر، حتى ولو تستروا تحت عباءة الدين أو التدين، ولذلك يمكن أننا الجزم بان المقصد الأساسي للتشريع الإسلامي بعد التوحيد هو الحرية عينها، فهما متكاملان وكلاهما شرط أساسي لتحقق الآخر، ومن هنا أمرنا الله سبحاته وتعالى بالا نتفرق وبأن نكون أمة ولحدة فتتوحد

 ⁽١) راجع في ذلك سيد قطب: المعدلة الاجتماعية في الإسلام – القاهرة – دار الشروق – ١٩٧٤ ص ٣٧ و ٣٨.

كامتنا ولا تنقسم ونتفرق شيعا و أحزابا يضرب بعضنا أعناق بعض، فكل من عمل على لم شمل الأمة وسعى إلى تأليف قلوب أبناتها، فهو مؤمن مجتهد حقا، ومجاهد في سبيل أنبل غاية عنى بها الإسلام وهي تأليف القلوب وتوحيد الأهداف، أما أو لنك الذين يورثون العداوات ويبعثون العصبيات ويغرقون بين الأحداء، أما أو لنك الذين والبغضاء، فهؤلاء هم الذين يصعون في الأرض ضلاا، وواجب المسلمين المخاصين أن يقوا لهم بالمرصداد وأن يبصروا الأمة كلادافهم وسوء مقاصدهم وغايلتهم، إذ ينطبق عليهم قوله تعالى: ومن الناس من يقول آمنا بالله وباليوم الآخر وما هم بمؤمنين، يخادعون الله والذين أمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون، في قلوبهم مرض فزادهم الله مرضا ولهم عذاب أليم بما كانوا يكنبون، وإذا قبل لهم لا تصنوا في الأرض قالوا إنما نحن مصلحون، ألا إنهم هم المفسون ولكن لا يشعرون — سورة البقرة: الأولت من مصلحون، ألا إنهم هم المفسون ولكن لا يشعرون — سورة البقرة: الأولت من المي البنين "يستمعون القول فيتبعون أحسنه، أولناك الذين هداهم الله وأولف الأبلب" سورة الزمر: آية ١٨، أحسنه، أولناك الذين هداهم الله أولوا الألبلب" سورة الزمر: آية ١٨، الخهولاء كما قال الله تعالى لهم البشرى — سورة الزمر: آية ١٨،

وكما أوضحنا سلقا فإن هذا التفرق نجم عن التعصب المقيت يسبب تقليد الأنمة، حيث شاع التحامل والخصام والصراع بين الفقهاء، إذ أضغى كل منهم على آراء مذهبه صفة القداسة وكأنها شرع ملزم تحرم مخالفته، فلا غرو أن تبارى أتباع كل مذهب فى الذود عن مذهبهم، ولم يكن دفاعهم علميا يتغيا احترام الحق ونصرته، وإنما كان دفاعاً تسوده روح المكايرة والمباهاة والغلبة، وزعم كل منهم أنهم بهذا ينصرون الدين، بيد أنهم كانوا يخذلونه بتفريق كلمة الأي شيع وأحزاب ومذاهب وعصييات، واستباح بعضهم دماء بعض وكان باسهم بينهم شديدا، وساعد على حدة التعصب المذهبي أهواء بعض الحكام وأولنك الذين اتخذوا من الخلاف والتفرق وسيلة الإضعاف شعوبهم لحملية

استبدادهم وطغياتهم وجورهم، وهو ما أكده الله تعالى عن فرعون بقوله: إن فرعون علا فى الأرض وجعل أهلها شيعاً يستضعف طائفة منهم يذبح أبناءهم ويستحى نساءهم أنه كان من المفسدين - القصيص: آية (٤).

وقد أنكر القرآن الكريم على فرعون التحكم في زوايا النظر ومنطلقات التفكير في خطابه رعيته، في محاولة لتجميد عقولهم ودفن ضمائرهم وصم أذانهم عن صوت الحق، فلا يرون إلا رؤيته، ولا يفكرون إلا بعقله، فقال مخاطبا لهم "ما أريكم إلا ما أرى وما أهديكم إلا سبيل الرشدا" — معورة عافر: آية رقم ٢٩، وإذلك أمر القرآن الكريم بتجاوز هذا المنطق الفرعوني، مبينا أن أصحاب مثل هذا المنطق الذين يحاولون حصر المجتمع في إطار نظرتهم المحدودة، ما هم إلا طواغيت (١)، وهو نموذج للاستبداد الفكري والدعوة إلى الجمود والإعراض ظنا منه أنه وحده يملك المعرفة ويصبطر على أدواتها ليشتروا به ثمنا قليلا، فويل لهم مما كتبت أيديهم وهيل لهم مما يكسيون". صدق الله العظيم، "وإن منهم لفريقا يلوون السنتهم بالكتاب لتحسبوه من الكتاب وما هو من عند الله، ويقولون هو من عند الله وم الكتاب، ويقولون هو من عند الله وم يطمون" – أل عمران: آية ٨٧.

والثابت تاريخيا أن الفرق الإسلامية عند نشأتها كاتت أحز إبا سياسية وليست فرقا دينية، إذ تبلور معظم الخلاف في الرأى حول نظام الحكم وخاصة ما يتطق منه بأسلوب اختيار الحاكم وطريقة توليه الحكم وشكله، وهل هو شورى أم ملكي وراشي، فتأججت الخصومة بين هذه الفرق، وتجذرت الخلافات المذهبية وضيق الأفق بين هؤلاء المتصبين لمذاهبهم، وانتهى الأمر في كثير من الأحيان ولفترات طويلة من الزمان إلى القتال الدامي الذي ترك رواسب كثيرة في نفوس المملمين، وكان له أثره العبئ الخطير على الإسلام

⁽١) راجع سورة الزمر: الأيتين ١٧ و١٨.

والمسلمين، وشاعت النز عات العرقية والاقليمية بين أبناء الطوائف المختلفة، و لا أدل على ذلك و نحن في القرن الجادي و العشر بن المبلادي من إيمان بعض هذه الطوائف بفكرة و لاية الفقيه، و هي فكرة سياسية وليست دبنية بل ومخالفة تماماً لشرع الله وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ تقوم هذه الفكرة على الولاية العامة المطلقة لرجل الحين (المقدس)، فهو المؤهل الأوحد لقيادة الأمية الإسلامية بل و العالم كله، طبقاً لصلاحياته الألهية الطلبقة التي تضفي عليه صفات المعصوم بصفته منقذا للمستضعفين في العالم، فهو مبعوث العنامة الألهبة و هو الناطق باسم المعماء ولذلك فان سلطته مطلقة في الدين والدنياء وتكون حاكميته ومشيئته ملزمة لجميع مسلمي العالم أينما وجدواء وطبهم التسليم للفقيه الحاكم و الإنقياد الكلي لأو امر ٥٠ فالو لاء للمر شد الفقيه ركن من أركان الدين وطاعته من تمام الإيمان، و هو فرض واجب بأثم تاركه كتارك الصلاة، و هذه العقيدة السياسية تتجاوز يقينياتها الظنون والشيهات وتعلو مطلقاتها على اجتهاد الفقهاء وأراء العلماء، ويحرم على أي فقيه مهما بلغ من مر اتب العلم أن يبدى رأياً يتعلق بشأن من شنون هذه الولاية السياسية الراسخة، وكل ذلك بتناقض بحدة مع قوله تعالى بشأن طاعة "أولى الأمر"، إذ أقرب هذه الأية التي سبق لنا عرضها مبدأين: أولهما أن ولاية الأمر لا تنعقد لشخص واحد، ولذلك قلنا أن أولى الأمر تجمع بين الحاكم والقضاة وأعضاء السلطة التشريعية، والأخر أن ولايتهم جميعاً ليست مطلقة حيث أنه يمكن مناز عتهم والتنازع معهم في كل أو امر هم بغير استثناء، ليكون المرجع في حل هذا النزاع هو ما ورد في كتاب الله والمنة الصحيحة المطهرة من مبادئ وفي تقديرنا أن تطبيق فكرة ولاية الفقيه في عالمنا المعاصر لأول مرة يهدر بيقين مقتضى تلك الآية الكريمة الخاصة بطاعة أولى الأمر منا، فالإسلام يرفض أن يكون للحاكم سلطة دينية على أحد من الناس، فهو ليس معصوماً ولا مهبطاً للوحى ولا مستأثر التقسير القرآن، وإنما هو وطلاب الفهم في الدين سواء، يتفاوتون بصفاء العقل، والأمة هي التي تنصب الحاكم أو الوالي أو الخليفة وتراقبه وتحاسبه وتعزله عند الاقتضاء، فهو حاكم مدني من جميع الوجوه.

ولذلك فإن العلماء والمفكرين والفقهاء في العالم الاسلامي المعاصد مطالبون بالكف عن اجترار ثلك الروايات والآراء التي لا تعبر الاعن تعصيب كريه وفقه سقيم لا نجني من وراء إحياتها إلا المزيد من التفرق و التنازع وذهاب الريح في عصر أحوج ما نكون فيه لجمع الشمل والتمسك بروح هذا الدين الحنيف، أما ما وقع من خلاف بين المسلمين وخاصة في بداية القرن الهجري الأول، وما أسفر عنه من ظهور الفرق والتي يبلغ عبدها نمو ٧٣ فرقة حتى اليوم، فلا يجوز عرضه أو تدريسه إلا في إطار البحث العلمي في مدارس العلم وليس على منابر المساجد وللعبرة التاريخية فقط فلا يسمح بامتداده إلى حاضر المسلمين ومستقبلهم، بل بجمد من الناحية العملية تحميدا تاماً ويترك حسابه إلى الله وفق الآية الكريمة: تلك أمة قد خلت لها ما كمست ولكم ما كمبيتم ولا تسألون عما كاتو ا يعملون - سورة البقرة: آية ١٣٤، فمدادئ الإسلام جاءت داعية إلى التآلف والوحدة، ناهية عن النتافر والفرقية، أمرة بالتعاون على البر والتقوى، ناهية عن التعاون على الإثم والعدوان، وحتى لو اختلفنا في فهم نص من كتاب الله أو سنة رسوله الكريم، فالإختلاف لا يمنع من التوحد غي المبادئ والغايات دون أن نكفر بمضنا بمضاء لنكون حقا خير أمة أخرجت للناس (سورة أل عمر ان: الآية ١١٠)، وكما أثبتنا سلقاً فإن في القر أن الكريم والسنة الصبحيحة دعوة قطعية لنكون أمة واحدة، ونقيض الأمة الواحدة الأمة متعددة المذاهب، و لذلك فإن تعدد المذاهب يتعار من بجلاء مم أحكام الشريعة الإسلامية في الكتاب والسنة ومع حقيقة أن الإسلام دين و لحد، وليت الدعوة إلى "إسلام بلا مذاهب" تتحقق عملاً ففيها خلاص المسلمين من محنة الغقه الإسلامي، وفيها الحل العظيم لتجديد الفقه الإسلامي، بعد أن تشر نمت الأمة وراء المذاهب المتعددة وصارت هي الغالبة بالرغم من أن المعين واحد لكل هذه المذاهب وهو القرآن والمنة الصحيحة.

ج. حتمية تجديد الفقه الإسلامي الماصر:

إن تجديد الفقه الإسلامي المعاصر صيار غاية علماء المسلمين في ظل الأحداث المستجدة و المصالح المتبائلة و الاتصالات البشرية المتسارعة، و هو عبء جميم يطوق عنق الفقهاء الإسلاميين الحقيقيين ممن لديهم فكر ثاقب وية منون بأهمية أعمال العقل بوعي تباد، فعلى هؤ لاء الفقياء أو العلماء أن يعملوا جاهدين على تجديد الخطاب الاسلامي المعاصر بعد أن غاص الفكر والفقه الإسلامي في أعماق وغياهب التراث، وتخلي عن كثير من مستجدات العصر ، ولس من جدال في أن مقتضى التجديد هو التغيير المستمر وتطوير الوسائل و الأساليب، فما يني على الاجتهاد والمصالح المتغيرة فهو يقيل التغيير حسب المصلحة، حيث تتغير الأحكام بتغير الأزمان، وصدق الرسول الكريم عندما قال "ان الله ببعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من بجدد لها بينها"، ومن ثم علينا نبذما ورثناه عن أسلافنا من مؤرخي المذاهب والعقائد ممن عملوا على اقامة الفرقة العقائدية وتعميقها حيث شعبوا الفرق الدينية تشعبيا مفتعلاً، وانتهى كل منهم إلى أنهم دون غير هم "الفرقة الناجية"، ويات الشك والربية بل والكر اهية والتنابذ بالكفر سجالاً بينهم، وكل ذلك يفرض علينا وعلى الخطاب الاسلامي المعاصير أن يقضي على هذه العصبية والتبعية البغيضة وترسيخ قيم الحوار الحر نزولا على قوله تعالى: قل هاتوا بر هاتكم إن كنتم صادقين، فلا نقبل حكماً أو رأيا إلا اقتناعاً وليس التزاماً، وأن يكون مشغوعاً بمسنده مدعوما بحجته، فمن المعروف أن منهج كل مذهب إسلامي أن يتخذ من النصوص الدينية أصولا برتكز اليها في التماس أصول مذهبه، ولكن كل مذهب منها يقرأ النصوص قراءة خاصة به، مما يسغر عنه أن يكون لكل مذهب اجتهادا مغايرا، وأفة المذاهب الإسلامية أنها قد وقفت عند حد اجتهاد أثمتها

وعلماتها الأولين واقتصر عمل مريدوهم واتباعهم بعد ذلك على محاولة إقناع الأخرين بالحجة ليشار كونهم الرأى، وليت الأمر توقف عند هذا الحد، ولكنهم عملوا لاحقاً على إر غام الأخرين على قبول مذهبهم، وغالباً ما كانت وسيلة الإرغام هى الاتهام بالكفر والزندقة، وعلى أقل تقدير وصمهم بالخروج من الفهم الصحيح للعقيدة، مما أودى بالأمة الإسلامية إلى هاوية التعصب والانقسام إلى كيانات وجماعات وطوائف بينها فواصل تحول دون تجاويها لتوجه واحد وغاية موحدة.

وعليه فإننا مطالبين اليوم بعدم الوقوف عند اجتهاد هذه المذاهب والوقوع في أسرها وترديد مقولة "هذا ما وجدنا عليه أباءنا أو أسلافنا" وهي مقه لة حاربها الكتاب بشدة و محضها الرسول الكريم مراراً قولاً وعملاً، ومن ثم يلزم تجاوز تلك الاجتهادات إلى اجتهاد يتوافق مع العصر الذي نعيشه بلا تعصب مذموم ولا مذهبية ضيقة، فقد تسبب الجمود على حرفية النص في سلبيات كثيرة تحت مزاعم الاستقرار والدوام، وشتان الفارق بين الجمود وما يقتضيه من التشيث بالماضي و التمسك بما لم بعد مو ائماً أو صالحاء و الاستقر ار و هو لا يعني سوى التمسك فقط بما هو صالح ومتوافق مع العصر ، فقد عاني الاسلام والمسلمون كثيرا من الجمود والتحجر الذي أسفر عن صبورة مشوهة عنهم، أهم معالمها كما أسلفنا التعصب لاجتهاد يعينه، وهو شر من عصبية الجاهلية التي حاربها الإسلام، لأنه يضيع الحق و لا يعين على نصر ته، ويؤدي إلى الخلط بين فكر شيخ المذهب وقدمية النص الديني، بل ويقدس خطاب عالم الدين ويجعله أكثر أهمية من النص الديني، فيقوم عالم الدين بالتفسير والإفتاء والتُدخل في كل شنون حباتنا، مما أوجد خطاباً متطر فا بنبغي مواجهته وإصلاحه وتجديده سواء من حيث الموضوع أم في طرائق العرض وأساليب الاستدلال و الكتابية و الصبياغة، بل ولعل الحل يكمن ــ كما نادي الدكتور

مصطفى كمال وصفى - بحظر قيام الفرق الدينية فى الدولة والعمل على كشف الشبهات التي أنت لقيامها، ورجوع المخطئ إلى للحق وإلا صفيت فوراً.

وقد حرصت المحكمة النميتورية العليا في مصير على ترسيخ ما تقدم حيث قضت في عديد من أحكامها بضرورة الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا بجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقص كمال الشريعة ومرونتها ... و هذه المسائل بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيماً لشنون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد بوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا بجاوز ها، ملتز ما ضوابطها الثابتة، متحرياً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضافطة لفر وعهاء كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين و النفس و العقل و العرض و المال ... فالاجتهاد ليس إلا جهداً عقلياً بتوخي استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، و هو بذلك لا يجوز أن بكون تقليدا محضاً للأولين، أو افتراء على الله كذبا بالتحليل أو التحريم في غير موضعيهما، أو عزوفا عن النزول على أحوال الناس والصنالح - من أعر افهم ... و إن اعمال حكم العقل فيما لا نص فيه، مر ده أن شريعة الله حو هر ها الحق و العدل، و التقيد بها خير من فساد عريض، و انغلاقها على نفسها ليس مقبو لا و لا مطلوباً، ذلك أنها لا تمنح أقو أل أحد من الفقهاء في شأن من شئونها قدسية تحول دون مراجعتها وإعادة النظر فيهاء بل وإبدالها بغيرها فالأراء الاجتهائية في المسائل المختلف عليها ليس لها في ذاتها أو 6 متعدية لغير القاتلين بها، ولا يجوز بالتالي اعتبار ها شرعاً ثابتاً منقر را لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد، بل إن من الصحابة من تر يد في الفتيا تهيباً، ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالاتباع من اجتهاد غير ه،

وربما كان أضعف الأراء مندا، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفاً لأراء استقر عليها العمل زمنا ... وتلك هى الشريعة الإمسلامية فى أصولها ومنابتها، متطورة بالصرورة، نابذة الجمود، لا يتقيد الاجتهاد فيها وفيما لا نص عليه بينير ضوابطها الكلية، ويما لا يعطل مقاصدها التى ينافيها أن يتقيد ولى الأمر فى شأن الأحكام الفرعية والعملية المستجيبة بطبيعتها للتطور، لأراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد تجاوزتها (أ).

لذلك فالمطلوب اليوم بالحاح انقاذ الإسلام من النقل ومن التقليد والتبسيط والانتقال به إلى عمق المعرفة وسمو الإدراك بدلالاته الروحية، وتفعيل المقل الفقهى ليكون عقل فهم ونقد لا مجرد حفظ وترديد، يدرك الملة ويرمى المقصد ويستهدف الغايات التي قررها القرآن وجسنتها سنة المصطفى عليه المعلام في سياسيا لأن الحاجة عميقة إلى دين لا يسيس وإلى سلطة لا ثدين، وصحيح الدين سياسيا لأن الحاجة عميقة إلى دين لا يسيس وإلى سلطة لا ثدين، وصحيح الدين خلف صحيح المدياسة، ففي الدين صفاء ونقاء القصد والجوهر، خلاف السياسة التي لا نقاء ولا صفاء في غايلتها أو جوهرها، بل لغط ومناوشات وغرغانية وديماجوجية وار تزاق، ومن هنا فإننا نتحفظ بشدة على ما يردده ويرعابه البعض عن وجود ما يسمى بالإسلام الميامي بديلا عن الإسلام الديني ومختلفا عن الإسلام المامني في المجتمعات الإسلام الديني من المعرور والتحديث ومواجهة تحديات الحداثة الغربية واستعادة روح

⁽¹⁾ راجع أحكامها في ١٩٩٢/٥/١٥ قضرية لا لمنة ٨ق. دستورية، وفي ١٩٩٤/٢/٦١ قضرية لا المبتة ٨ق. دستورية، وفي ١٩٩٤/٢/٦ قضرية ١٩٩٢/١٠ قضرية ١٩٠٤/١٦ قضرية ١٩٠٤/١٦ قضرية ١٩٠٤/١٦ قضرية ١٨ لسنة ١٦ق. دستورية، وفي ١٩٩٧/٥/٣ قضرية ١٨ لسنة ١٥ق. دستورية، وفي ٥/١/١٢/١٠ قضرية ٨٨ لسنة ١٥ق. دستورية، وفي ١٩٩٧/١٨ قضرية ٨٨ لسنة ١٥ق. دستورية، وفي ١٩٩٧/١٨ قضرية ٨٨ لسنة ١٥ق. دستورية.

الإسلام، فعثل هذا التوظيف السياسي للدين لا يعترف بإسلام التيار الغالب من المعلمين، ومن ثم يجب أن توجه الدعوة للمجتمع المسلم نفسه لرد الناس إلى الدين مرة أخرى بعد أن انصر فوا عنه وريما خرجوا منه ظم يعودوا مسلمين بل ولم يكونوا مسلمين من قبل، حيث تركزت الدعوة الإسلامية لديم بين المخالفين لهم من داخل الإسلام ونشبت المعارك داخل المجتمع المسلم نتيجة التشكيك بغير مبرر في الهوية الدينية له رغم التاريخ الطويل المستقر في الإسلام، مما يوجب في رأيهم ضرورة بناء المجتمع الإسلامي الذي لم يعد إسلامياً بل والذي

ولعل أخطر ما ترتب على هذا التوظيف المياسى للدين الإسلامي ما يتردد بين البعض من حديث عن تصنيف جديد للإسلام وتقميمات ذات طابع مياسي لله مثل الإسلام الليير اللي والإسلام العماني، والإسلام الرجعي، والإسلام المتطرف و هكذا، ناهيك عن والإسلام الشوري والإسلام المعتدل والإسلام المتطرف و هكذا، ناهيك عن تقميمات فقهية مستحدثة للإسلام المسلام المصوفي والإسلام السلفي والإسلام الحهادي، وهي بدورها تقميمات سياسية للإسلام وإن تسترت وراء بعض الدعوات الإسلامية الاجتهادية، لكنها كلها في النهاية ليست في جوهرها سعوى حركها مياسيق تتخفى تحت عباءة الإسلام الديني تزلقا ونفاقا لعموم سوى حركها مياسي لدولة أو إمارة، بل وتشويه الشريعة الإسلام كدين وتحويله إلى نظام سياسي لدولة أو إمارة، بل وتشويه الشريعة الإسلام كدين وتحويله إلى نظام سياسي لدولة أو إمارة، بل وتشويه أن هناك فارق كبير بين الحديث عن المبياسة الشرعية أي علم إدارة الدولة أن هناك فارق كبير بين الحديث عن المبياسة الشرعية أي علم إدارة الدولة السياسية أو الإسلام السياسي وهو حديث خطير جدا من حيث آثاره ومن ثم فهو السياسية أو الإسلام السياسي وهو حديث خطير جدا من حيث آثاره ومن ثم فهو مرفض وغير مقبول.

خلاصة القول إنن أنه لا يجوز الخلط في الأحكام الشرعية الإسلامية بين الأحكام القطعية وتلك الظنية في النصوص، فمن المضروري التمييز بين الثانت بالنص و الثابت بالاجتهاد، وبين الأصول والفروع، فالالتزام كل الالتزام للأحكام القطعية التي تمثل أحكام الشريعة الاسلامية، وما عداها فهي للاسترشاد والاستفادة، وفي هذا الصدد يجب الالتزام بالحذر الشديد فيما ذهب إليه معظم الفقه الإسلامي من التفرقة بين الأحكام المعلومة من الدين بالضيرورة وغيرها ممن ليست كذلك، حيث يستوى في العلم بالأولى العامة من الناس والخاصة منهم، ومن ثم فإن إنكارها في تقدير هؤلاء الفقهاء تؤدي إلى الكفر لما في إنكارها من تكذيب صدريح الله ورسوله، وهي تفرقة احتمادية في رأينا، اذ اختلف هؤلاء كثيراً في تحديد هذه الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، كما أن الاتهام بالكفر يستأزم استناده إلى نص صريح قطعى الثبوت والدلالة، فالفقهيات والفروع ليس فيها تكنير يخرج من الملة، حيث لا جحود أو إنكار لأصل من أصول الإيمان أو الإسلام، علاه ة على أن هذا التمييز ولذن كان يخاطب رجل الشارع، إلا أنه لا يصلح لإلزام المشرع أو القضاء به، و في التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي الكفاية التامة في هذا الشأن، فالمشرع لا يلتزم سوى بالتمييز بين القطعي والظني والثابت بالنص والثابت بالاجتهاد، وبصفة عامة يلتزم أولى الأمر في الدولة الإسلامية و هم الحاكم و من يفوضه وأعضاء السلطتين التشريعية والقضائية بالنصوص القطعية ثبوتا و دلالة فقط، سواء تضمنت أحكاما شرعية أم مبادئ للتشريع، وهي التي يتوافر بشأنها الخصائص التي تميز أحكام الشريعة الإسلامية دون الأحكام الظنية الاجتهلاية التي تندرج تحت مداول الفقه الاسلامي، وذلك كمصدر رسمي للقانون، ولكي تكون هذه الأحكام معلومة بالضرورة للكافة، فإن على المشرع أن يسعى إلى تقنينها والالتزام بها عند ألتشريع إلى جانب الحاكم والقضاء، دون أن يمنعه ذلك من الاستعانة والاستفادة بالأحكام الاجتهادية كمصدر مادي أو موضوعى لتشريعاته إن كانت في تقديره نتوافق وتتلاءم مع القلمفة القاتونية. السائدة في المجتمع، وكل ذلك على نحو ما سنفصله لاحقاً.

المُبحث الثاني خمانس الشريمة الاسلامية

الشريعة الإسلامية هي - كما أوضحنا وفقاً للرأى الراجح لدينا -مجموعة المبادئ والأحكام الشرعية القطعية التي سنها الله سبحانه وتعالى للناس جميعاً على لمان محمد صلى الله عليه وسلم.

وأهم ما يشير إليه هذا التعريف من عناصر، أن الشريعة الإسلامية هي مجموعة من المبادئ والأحكام التى يتوافر فيها خصائص أحكام القانون والشرع أو بالأحرى خصائص القاعدة القانونة، سنها الله تعللى "للناس جميعا" وهو الأمر الذى يوفر لهذه المبادئ والأحكام عموميتها وتجريدها ودوام نفاذها وسريانها في حق العباد في كل زمان وفي جميع الأحوال مادامت قطعية الثبوت والدلالة، وأخيرا فهي قواعد إلهية المصدر فهي من عنده جل شأنه، مما يميز بينها وبين قواعد القوانين والتشريعات وهي من وضع البشر.

ولذلك تتميز الشريعة الإسلامية بهذه الخصائص المشار إليها والتي يعد بعضها أيضاً شروطاً يلزم توافرها في الأحكام الشرعية حتى يتسنى تكييفها بأنها من أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك على النحو القالى:

أولاً: أحكام الشريمة الإسلامية قوامد تشريعية قابلة للتقنين:

وفقاً لما تقدم تتكون الشريعة الإسلامية من مجموعة من المبادئ والأحكام الشرعية التى تتضمن الأوامر والنواهى وبعض التوجيهات المازمة، في ليمت مجرد عادات أو تقاليد اجتماعية أو نصائح وإنما هى قواعد سلوك اجتماعي يتوافر لها كل خصائص القاعدة القانونية المتعارف عليها لدى رجال الشريعة والقانون على المواء، وعلى رأسها العمومية والتجريد، فإذا كانت

بعض هذه الأحكام لا تتسم بالعمومية والتجريد وإنما كانت تخص واقعة معينة أو شخصا محنداً، فإنه لا يجوز تعميمها وإعمالها خارج النطاق المحدد لها ما لم يكن النص الخاص بتلك الواقعة أو هذا الشخص ينطوى على مبدأ معين أو أكثر بحيث يمكن الاستناد إليه لإقرار هذا المبدأ كأحد القواعد الشرعية التى تندرج في الشريعة الإسلامية إذا توافرت فيه الخصائص أو الشروط المتعلقة بالشريعة كما سنوضحها لإحقا.

وعلى سبيل المثال فإن أحكام الزواج الخاصة بالرسول وزوجاته ليست من القواعد العامة المجردة التي يجوز إصالها بشأن الغير، على حين أن النصوص التي ترد بشأن وقائع تاريخية معينة قد تتضمن مبادئ قاطعة تصلح للتطبيق على وقائع أخرى قريبة منها وإن لم تكن تماثلها، فمثلا الأحكام الخاصة بما وقع لسيدنا سليمان وملكة سبأ (بلقيس) وقارون وفرعون ونوح وغيرهم هي من قبيل القصص القرآني، غير أن الله سبحانه وتعالى لم يحدثنا عنهم لمجرد مردها كقصص، وإنما من المؤكد أنه يستشهد بها لاستنباط العبر التاريخية منها وإقرار بعض المبادئ والأحكام العامة المجردة من سياقها، فعندما يمتدح الله سبحانه وتعالى حكم ملكة سبأ والتزامها بشورى أهلها وقومها، وفي ذات الوقت ينتقد فرعون أشد الانتقاد ويصمه بأنه طغى وأنه استخف بقومه وحرمهم من أن يرون إلا ما يراه، ومن ثم حق عليه العذاب، فإنه يمكن استنباط عدة أحكام شرعية من مثل تلك القصص كاشتر اط التزام الحاكم بالشورى باعتبارها من أس الحكم في الدولة الإسلامية، وجواز تولى المرأة حكم البلاد والولاية العامة أسس الحكم في الدولة الإسلامية، وجواز تولى المرأة حكم البلاد والولاية العامة فيها، وعدم الاستخفاف ومن ثم الاستبداد بالشعب، وضرورة مقاومة الطغيان وبالتالى الحق في معاقبة الحكام الطغاة وهكذا.

وتعترف الغالبية العظمى من الفقهاء ورجال القانون ورجال الدين فى كافة أنصاء العالم بما لقواعد الشريعة الإسلامية من قيمة تشريعية ملزمة لا بمارى فيها، فالإسلام لا يقتصر على تنظيم العلاقة بين الإنسان وخالقه، كغيره من الأدبان السماوية الأخرى فالم حانب أنه عقيدة وشعائر، فهو أيضا نظام يحكم شنون حياة الإنسان، ويضع نظاماً محداً للماوك الاجتماعي، وينظم عديد من العلاقات بين الأفر اد، و بينهم و بين الدولة، و بين الدولة و غير ها من الدول، من خلال كثير من المبادئ الشرعية المتصلة بالحكم و الإدارة و السياسة و الاقتصاد و المعاملات و العلاقات الدوانية في السلم و الحريب(1). إلا أن مجر د النص في الدساتير على أن "الإسلام دين الدولة" لا يكفي وحده للالتزام بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، فهذا الآقر أن الدستوري ولئن كان يغيد في الدلالة على أن قواحد الدين الإسلامي بوصفه دين الأكثرية العدية في الدولة، هي من مقومات المجتمع في هذه الدولة، إلا أنه _ أي مثل هذا النص _ لا يؤدي إلى الالتزام بعبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا للقانون أو التشريم، أو أساسا له، إذ أنه لا يعني في تقدير جانب من الفقه سوى أن الدين الإسلامي، بل والجانب العقائدي منه فحسب، هو مجر د مميز للدولة التي ينص بستور ها على نلك، بأنها دولة ليست علمانية تنكر دور الدين في حياة أفراد المجتمع، وإنما هي دولة بدين شعيها كله أو منواده بدين تعتر ف به الدولة على الملأ و لا تنكر هو ومن ثم فإن الهدف من مَثِّل هذا النص هو مجر د تملق الجماهير و خداعها، إذ أن الجماهير العربية لا تطلب مجرد شعار ديني، وإنما تطلب نظاما إسلاميا اصيلا(۲)

وعليه فإن الالتزام بتطبيق وإعمال أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية تتطلب نصا دستوريا واضحا قلطعا وصريحا بأن الشريعة الإسلامية هي جزء من البناء القانوني للدولة وتحتل مكانة عليا فيه، وأن على المشرع الالتزام بها في تشريعاته وأن يعمل على تقنينها في قواعد فاتونية حتى يسهل تطبيقها وإن

⁽١) راجع في ذلك المستشار محمود الشربيني: الشربعة الإسلامية أصل النظريات القتونية - مجلة العدالة - الصلارة عن وزارة العدل والشئون الإسلامية بدولة الإسارات العربية المتحدة - السنة ٦ - ١٩٧٩ - عدد ٢١ - ص ١١.

⁽٢) الدكتور عوض محمود عوض: المرجع السابق – ص ١٤.

لم يفعل ذلك، فإنها قابلة للإعمال بذاتها من خلال السلطة القصائية بمنامسية القصل في مناز عات تستدعى تطبيق أحد هذه الأحكام أو المبادئ التي تتضمنها الشريعة، باعتبارها النص واجب التطبيق في هذه المنازعة، واستندا إلى أن هذه المبادئ هي على رأس المبادئ القنونية العامة الملزمة المشرع والقاضى والحاكم رئيس السلطة التنفيذية، وهو الأمر الذي اعتنقته المحكمة الدمنورية المياب أن ولاية المحكمة في شائها، تنصب "على مراقبة التقيد بها الطبيا على كل قاعدة قنونية تعارضها ذلك أن المادة الثانية من الدستور، تقدم على هذه القواعد، احكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهيأ وإنكارا أما علم به الدين بالضرورة، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثيوتها أو بدلائتها أو بدها ماء ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها "().

وإذ تتجه غالبية الفقه من رجال القانون إلى أن من عناصر القاعدة القانونية أن تتوافر في شائها عقيدة الإلزام، فإنه مما لا شك فيه أن هذا العنصر يتوافر في قواعد الشريعة الإسلامية بصورة أكثر قوة ووضوحاً من أي قانون أو شريعة أخرى على وجه الأرض. والعلة في ذلك ترجع إلى أن مصدر أحكام الشريعة هو الله جل شأته في حين أن مصدر أحكام القوانين غير المستمدة من الشريعة هم النشر الذين يتولون وضع هذه القوانين.

ولا ريب في أن المسلم حاكما كان أم محكوما لا يملك سوى احترام القواعد الشرعية، لأن كليهما يزمن بأنها من عند الله، وهي لذلك ليمت مجرد قواعد تنظم أمور هم وتحقق مصالحهم وتحمى حقوقهم، وإنما هي أيضا واجبة الاتباع حتماً، ومن ثم فإن طاعتها تقربهم إلى الله، أما عصياتها والخروج عليها

 ⁽۱) حكميها في ۱۹۹۲/۱۱/۱۱ قضية ۲۱ أسنة ۱۱ق دستورية، وفي ۱۹۹۸/۱۲/۰ قضية ۲۸ أسنة ۱٥ق دستورية.

فهو خروج على الدين بؤدى إلى العقوبة في الدنيا وإلى ما هو شر من العقوبة في الأخرة، والمملم بطبعه حريص على دينه غيور عليه، وهو يشعر بأن احترامه لقواعد الشريعة الإسلامية هو جزء مما يدين به. وإذ تقدر قيمة القاعدة القاتونية بقدر ما لها في نقوس الأفراد من طاعة واحترام، فإنه يمكن القول بأنه ليس في العالم اليوم شريعة تدانى الشريعة الإسلامية فيما لها من سلطان.

يؤكد ذلك أن خضوع المجتمع، أفرادا وسلطة، لقواعد الشريعة الإسلامية وطاعتهم لها، يكون اختياريا بمحض رغبتهم، أى أنها طاعة منبعثة من داخل النفس، لأنهم يشعرون أنهم بذلك إنما يطيعون دينهم، وهذه الطاعة الاختيارية تجعل الفرد والحاكم لا يفكران أصلاً في الخروج على أحكام القانون الإسلامي، حتى مع القدرة التامة على نلك، فهم يطيعون هذا القانون ويضعون له، لا لأن القضاء مسلط على رؤوسهم، ولكن لأن طاعة القانون الإسلامي جزء من دينهم وشرط لإيمانهم(").

ثَانياً: الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق على الجميع في كل الظروف والأحوال:

أشرنا في تعريف الشريعة الإسلامية، إلى أن الله عز وجل سن هذه الشريعة للناس جميعا، وهو ما يعنى صلاحيتها للتطبيق على الناس في كل زمان ومكان.

فمن الواضح أن نظام السلوك الاجتماعي الذي جاءت به الشريعة الإسلامية المسمحاء، يقوم على مفاهيم ومقاييس ومعان ثابتة لا تتغير بتغير الأحوال والأزمنة، ومع ذلك فإنها تحتفظ بصحتها وأصالتها في كل الظروف والأوقات. ومما لا ريب فيه أن كل ما وصل إليه البشر من معاني الخير أو الشر أو المعلقة"، ذلك لأن التفكير

⁽١) دكتور منير حميد البياتي: المرجع سالف الذكر - ص ٤٩٤.

البشرى تفكير موضوعى من حيث المبدأ، فهو عرضة على الدوام التأثر بزمن المفكر ومحيطه(١).

إن الإسلام بحكم أنه خاتم الرسالات السماوية، هو التقدم الفكرى بعينه في العبادات والمعاملات والسياسة على المسواء، ولا يتصور أن يكون هناك فكر إنساني أكثر منه تقدماً في أي مجال من مجالات الحياة، ولذلك فإن التفسير الصحيح لنصوصه و لحكامه، سوف يكفل الفرد على امتداد العصور كلها – من هنا إلى يوم القيامة – الحرية كل الحرية والكرامة كل الكرامة و الأمن كل الأمن. (").

و هكذا تتميز مبدئ وأحكام الشريعة الإصلامية بالثبات والاستمرار مهما تغير الحكام أو اختلفت أنظمة الحكم، فإن نلك لا يوثر على القواعد الشرعية لأنها غير مرتبطة بهيئة حاكمة معينة أو نظام للحكم محدد، وإنما ترتبط بالدين الإسلامي الذي لا يتغير ولا يتبدل.

والشريعة الإسلامية كما أشرنا، صالحة للتطبيق على جميع الناس، فهى تسرى على المسلمين وغير المسلمين، فالشريعة الإسلامية تكفل مبدأ المسلواة بينهم فيما هم فيه متسلوون، وخالفت بينهم فيما هم فيه مختلفون, ولذلك يكفل الإسلام لغير المسلمين حرية العقيدة تحقيقاً للعدالة حيث ببدو وجه الاختلاف الوحيد بين المسلمين وغير المسلمين ".

إن الشريعة الإسلامية هى ناموس إلهى، ومن ثم لا يمكن تغييرها إذ ليست هناك ضرورة تدعو إلى تغييرها، لأن كل أحكامها صديفت بحيث لا تتعارض مع الطبيعة الأصلية للإنسان والمطالب الجوهرية للمجتمع البشرى فى كافة الأزمنة والمصور ويرجع ذلك إلى أن الشريعة الإسلامية لم تتناول

⁽١) محمد أسد: المرجع السابق - ص ١٨.

⁽٣) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى: مبادئ الأنظمة السياسية - ١٩٨٤ - ص ١٩٨٠

 ⁽٣) عبد القلار عودة: الإسلام وأوضاعنا القانونية - طبعة ١٩٨٧ - ص ٤١.

بأحكامها إلا المبادئ العامة المسائل التي تتأثر بطبيعتها بالتطور الاجتماعي للإنسان، تاركة بذلك المجال للتغير الذي يقتضيه الزمن في الجوانب الفرعية لهذه المسائل ولم تعالج الشريعة الإسلامية مسألة ما بالتفصيل المسهب إلا إذا كانت هذه المسألة مما لا يمسها التغيير حتما كتتيجة للتطور الاجتماعي، كالعلاقات الأساسية بين الناس، فهي أمور تتطق بوجودنا الفردي أو الاجتماعي المستقل كل الاستقلال عن التأثر بالتغيير الزمن (١٠).

وعلى سبيل المثال، فإن الأمور المتصلة بالشئون السياسية المتعلقة بنظام الحكم في الدولة، هي من الأمور التي لابد وأن يشملها التغيير الزمني، ولذلك جاءت أحكام الشريعة الإسلامية في القرآن والسنة، المتصلة بهذا الموضوع في هيئة مبادئ عامة ترسم لنا حدوداً جلية لمنهاج سياسي صالح للنفاذ والتطبيق في كل الأزمة وبالنسبة لكل ظروف الحياة البشرية، ولكنها مع ذلك لم تتعرض للمسائل الفرعية، فلم تضع شكلاً محدداً لأسلوب الحكم في الدولة الإسلامية، وفقا لنظرية دمتورية مفصلة، فقد كان طبيعياً على الشريعة باعتبارها ناموساً إلهيا، أن تضع في اعتبارها أن حاجات الإنمان المياسية حاجات مرتبطة بالزمن، متطورة مع تطوره، وليس هناك أنظمة أو أحكام قانولية معينة مهما تكن محكمة صارمة، ومكن أن تحد من فعالية هذا التطور

⁽¹⁾ ولذلك ذهب قضاء المحكمة المعتورية العليا إلى أن "من المقرر أن الله تمالى ما شرع حكما إلا التحقيق مصالح العباد، وما أهمل مصلحة القضتها أحوالهم دون أن يورد فى شائها حكما، وكان مسلما كذلك أن ما كان ثابتا بالنص هو المصلحة الحقيقية التي لا تبديل الها، وإن العمل على خلافها أيس إلا تحديا على حدود الله، وكانت المصلحة التي تعارض النصوص القرائية لا تعتبر مصلحة حقيقية، ولكنها أخدل إلى أن تكون تشهيا ولا نحد الغاف لا يجرز تحكيمها ... ولا وجه لقبل إلى الشريعة الغراء - وغايتها إصلاح شنون العباد وتقييمها - تدافش في تطبيقاتها العملية مصالحهم وتعارضها، ولأن ما ينهانا الله عنه يكون ضرورة راجحا، وما يأمرنا به وجويا، أو على منيل الإباحة، إنما يكون نفعه غالبا، ولا يعتبر بالتالي قرنيا لإبداء أو مضارة، أو مسبع للإبهاء وإلا ابتحد عن مصالح العباد، وكان معها أم راجحا وعا بقام المؤسرة بها أن المدينة معالمية عنه المدينة مع المبدئ عنه عاء "و راجحا وقع ابتد الإثم الملابس لها أو المحيط بها، وهر ما ينزهه الله تمالى عنه" - حكمها في ١٤ /١٩٤٤ التصدية ٥٠ المدينة ٥٠ المدينة ٥٠ المدينة ٥٠ المدينة ٥٠ المدينة ١٥ المدينة ١٩ المدينة ١٥ المدينة ١٥ المدينة ١٥ المدينة ١٩ المدينة ١٥ المدينة ١٥ المدينة ١٥ المدينة ١٥ المدينة ١٩ المدينة

الحتمى. ولهذا فإن الشريعة الإسلامية تكتفى بتقديم عند محدود جدا من المبادئ المياسية، وتترك بعد ذلك المجال رحيبا لصياغة الدساتير وتتظيم الحكومة، وما يتصل بذلك من من القوانين التي تتطلبها الظروف المتغيرة، لاجتهاد المسلمين في كل عصر (1).

ثَاثِناً: الشريعة الإسلامية مسلوها الله سيعانه وتعالى: ﴿

تتميز الشريعة الإسلامية بأنها قانون إلهى مصدره الله عزوجل، فهى تشمل الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم، وسنة نبيه محمد .

وإذا كان القرآن الذي يحوى أحكام وقوانين إله العالم بالفاظه تعالى مباشرة، والذي تلقيناه على امان آخر الأنبياه محمد ، الست محالاً لأدنى جدل أو خلاف حول نسبتها شه العلى العظيم، فإن أسوة رموله الكريم الحمسة وسنته الطاهرة الشريفة التي توضح القرآن وتشرحه ليست كذلك محالاً لأدنى خلاف حول مصدر ها الإلهى فالرسول ما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوجى، وإذا في طاعة الرسول ليست طاعة بعيدة عن طاعة الشتعالى، وإنما هي الشعل المعلى لطاعة الش

فالرسول عليه الصلاة والسلام لم يكن مجرد حامل رمسالة من الله، لا مهمة له سوى تبليغ الرسللة، وإنما كان القائد والحاكم والمعلم المعين من لدنه تعالى، فكانت مهمته شرح القانون الإلهى بأقواله وأفعاله، وتفهيم الناس معناه الصحيح، وتربية الأفراد وفق نظريته ومنهجه ثم تجميع من تربوا على معانيه ومبادئه وتنظيمهم فى شكل جماعة معلمة من أجل إصلاح المجتمع، ليريهم كيف يكون نظام الحياة بأسره على مبادئ الإسلام. هذا العمل الكامل الذى أتمه عليه الصلاة والسلام فى ثلاثة وعشرين عاماً – هى قترة حياته النبوية – هو السلام أللي جنب – مع القرآن الكريم – القانون الأعلى الصلار السلام الكامل العامل الصلاة المعال التابية المسلام المنابع المسلام الكران حين حين الكران الكريم – القانون الأعلى الصلار

⁽١) محمد أسد: المرجم السابق ــ ص ٥٥.

من الحاكم الأعلى وتكمله. وهذا القانون يسمى بالاصطلاح الإسلامى "الشريعة"(أ، وهو الاصطلاح الذي يميزها باعتبارها كلها إلهية المصدر عن القانون الذي يضعه البشر.

ونصوص القرآن الكريم لا تترك أي مجال المثك في حتمية الالترام بأحكام المنة، فيقول الله تعالى "وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بلإن الله" سورة النساء ١٤، ويقول "وما أتلكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" الحشر: ٧، ويقول "وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم" – الأحزاب: ٣١، ويقول "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول" النساء: ٩٠. فالله منحلته وتعالى يأمر بطاعته وطاعة رسوله، وإعادة فعل الطاعة عند تكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالا سواء كان ما أمر به في القرآن أو لم يكن فيه، لأنه أوتى الكتاب ومثله معه(").

هذه هي مصادر الشريعة الإسلامية التي ترتكز فقط على الوحي الإلهي، حيث تشمل بين دفتيها القرآن والسنة، أما غير ذلك من مصادر غير الهية مشل الإجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف والاستصحاب وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي، فهي ليست من مصادر الشريعة الإسلامية، وإنما هي مصادر التشريع الإسلامي، أو كما يرى البعض بحق هي مصادر تقوم على الاجتهاد البشرى بحق هي مصادر تقوم على الاجتهاد البشرى

أبو الأعلى المودودي: الحكومة الإسلامية - تعريب أحمد إدريس - الطبعة الثانية ١٩٨٠ - الناشر: المفتار الإسلامي - ص ١٧٧.

⁽Y) عبد القادر عودة: المرجع السابق - ص ٥٩.

وفي تقدير البعض (دكتور محمد فاروق النبهان: المدخل للتشريع الإسلامي – الطبعة الثانية – ۱۹۸۱ - ص ۱۱) أن التشريع الإسلامي ينقسم إلى تشريع إلهي محض "القرآن والسفة"، وتشريع إسلامي وضعي (الاجتهاد).

 ⁽٣) الأستاذ الشيخ محمد مصملًفي شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي - ١٩٥٩ ص ١٤٢ و هو يري أنه كثير ا ما خلط الناس بين الشريعة و الفقه و ظنوا خطاء أن ما=

خلافا للقرآن والسنة فمصدر هما الله سبحاته وتعالى، فالسنة باعتبارها "وحى" من الله سبحانه وتعالى تلحق بالقرآن الكريم فيما أتت به من أحكام شرعية قطعية الثبوت والدلالة، ومن ثم يكون الاجتهاد فيها ممتنعا — كما قضت بذلك المحكمة الدستورية العليا — لأنها "تمثل من الشريعة الإسلامية مبادؤها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلا أو تبديلا، ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الإلتواء بها عن معناها. وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شائها، على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قاتونية تعارضها().

وطى ذلك فإن الكتاب والمنة دون غيرهما يعدان من المصادر الملزمة وذلك من تاحيتين: فهما من ناحية يدخلان ضمن المصادر المادية أو الموضوعية التشريع في الدولة الإسلامية، وهما من ناحية أخرى بوصفهما بمثلان وحدهما مصادر أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، يعتبران من

عن الأثمة المجتهدين من اجتهادات هو نفس الشريعة ... وأغلب ما يسمى بالفقه

الإسلامي جاء وليد لجنهاد المجتهدين وتطبيقهم لنصوص الشريعة وقواعدها، مراعين في نقلة الإسلامي وهو لا في نقل اغته الإسلامي وهو لا يقد الله اختلاف في الفقه الإسلامي وهو لا والاقتفاض فيها. الإختلاف في الشريعة والتنقش فيها. والواقع أن رجال الشريعة والقانون تتعدد مناهبهم حول تحديد مصادر الشريعة الإسلامية أو "أدلة الأحكام" كما يطلق عليها علماء الشريعة أحيادًا، فالبعض يعتبرها جميعا مصادر الشريعة الإسلامية تتدرج فيما بينها من حيث مدى العجية ودرجة الالزام (دكتور منير حميد اللياقي: المرجع السابق ص ٢١١)، والمبعض يرى أنه لا يوصف بسحة أن يوصف بالمصادر إلا القرآن والمنة والإجماع والعرف (الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي المستور الفرية الإسلامية المسابق مصادر أساسي المستور الفرية الإسلامية المسابق مصادر أشاسية الإسلامية المسابق الشريعة الإسلامية كمصدر أشاسية الإسلامية المسابق الشريعة الإسلامية المسابق الشريعة الإسلامية مصادر أشاسية الإسلامية المسابق الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية المسابق الشريعة الإسلامية المسابق الشريعة الإسلامية المسابق الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية المسابق الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية المسابق الشريعة الإسلامية الإسلامية الشريعة الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية الشريعة المسابق الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية الإسلامية الشريعة الإسلامية الإس

تغتصر على الكتاب والسنة، باعتبارها وحدها مصلار البية وليست بشرية. (١) راجع أحكامها في ١٩٩٣/٥/١٥ قضية ٧ لسنة ٨ق. دستورية، وفي ١٩٧٥/٥/٣ قضية ١٨ لسنة ١٤ق. دستورية وفي ١٩٩٨/١٧٥ قضية ٨٨ لسنة ١٥ق. دستورية.

المصادر الرسمية للقانون ويندرجان ضمن المبادئ القانونية العامة التى تعلو التشريم فى تدرج القواعد القانونية.

وأخيرا يتعين ملاحظة أنه في حالة التعارض بين الكتاب والسنة بشأن أحد الأحكام الشرعية، فإن الحكم الوارد في الكتاب تكون له الأولوية على حكم السنة، ولهذا عاتب القرآن الكريم الرسول أحياتاً مثل قوله: يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم — التحريم: آية (١)، فالرسول ليس له أن يأتي بشئ من الأحكام الشرعية من نفسه خلاف الوحي، ومن ثم لم يكن لأصحابه وتابعيهم ولا لغيرهم في الماضيي والحاضر والمستقبل أن يخالفون — من باب أولى — ما جاء عن الله ورسوله من أحكام قطعية، فمن غير المعقول ولا المقبول أن يستنبذل بعض المسلمين مصادرهم ومراجعهم الإلهية بمصادر بشرية، وأن يتحول دينهم الإسلامي من دين سماوي ليكون دين أرضى من وضع البشر أيا كان هؤلاء البشر ومهما بلغت قدراتهم وقويت

رابطً: أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت:

فالشريعة الإسلامية بمفهومها الدقيق والصحيح على نحو ما سبق لنا على عرضة من الثوابت الواردة قطعاً عن الله ورسوله من خلال الوحى المغزل على سيننا محمد عليه المسلام، وليس ثمة مشكلة في هذا الصندد إذا كان الحكم الشرعى يستند على نص وارد في آية من كتاب الله، فهو نص قطعى الثبوت بلا جدال، أما إن كان منقولاً عن رسول الله كحديث عنه فيشترط فيه أن يكون منقولاً نقلاً تواترياً حتى يقطع بثبوته وإلا كان ظنيا، ومن المعروف أن سبب تواتر معظم المسنة التي بين أيدينا اليوم، وهما متعاصر ان زمنيا ونطق بهما الرسول عليه السلام بنفسه، يرجع إلى نهى الرسول عن ذلك في عصره منعاً للخلط الذي قد يقع بينهما، ولذلك بقيت المنة ردحا من الزمن بين حفظ في صدور حفاظها وبين تدوين ضاع الكثير منها، وفي ذات الوقت بين حفظ في صدور حفاظها وبين تدوين ضاع الكثير منها، وفي ذات الوقت

ئس فيها ما ليس منها، خاصة وأن الأعم الأغلب من حملة الحديث في عصر البعثة النبوية لم يكونوا ممن يحسنون القراءة والكتابة، فكان جل اعتمادهم على ما تعى آذانهم وتحفظ قلوبهم، إضافة إلى منع الخلفاء الراشدين تدوين حديث الرسول، وما أكلته بعد ذلك نير أن الحروب والفئن لعديد بل كثير من هو لاء، مما كان له الأثر البالغ في إضاعة الحديث واتساع شقة الخلاف بين المسلمين حولها، واستمر الحال كذلك حتى عهد عمر بن عبد العزيز الذي أمر بتدوين الحديث مع مطلع الماتة الثانية للهجرة، رغم نهى الرسول عن ذلك، وعليه تنتصر أحكام الشريعة الإسلامية المستمدة من الأحاديث النبوية وهي فقط التي تندرج في نطاق المسنة الصحيحة، على الأحلايث المتواترة فقط عن الرسول الكريم دون أحاديث الأحداد أو حتى شبه المتواترة، إلى جانب أفعاله المتصلة بالتشريع والمتواترة بدورها، أي أن كل من المنة الفعلية والقولية هما من المحمدية، ومن ثم نتصف بأنها قطعية الثيوت وبالتالي تتمتع بصفة الإلزام.

خَامِسًا: أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية قطعية الدلالة:

الأحكام الشرعية المستمدة من مصدري الشريعة الإسلامية قطعية الثابوت، يجب أن تكون أيضا قطعية الدلالة، أي أن تكون دلالة النص على المعنى دلالة قطعية لا تحتمل الخلاف، فإن كانت قابلة للتأويل والتفسير على المعنى دلالة قطعية لا تحتمل الخلاف، فإن كانت قابلة للتأويل والتفسير على اكثر من نحو فهي دلالة ظنية غير قاطعة، والحقيقة أنه لو كانت الأحكام الشرعية الإسلامية قد نزلت كلها من خلال الكتاب الكريم والسنة النبوية في دلالتها، لكانت عملية استنباط أو استخراج الحكم الشرعي منها ميسورة في دلالتها، لكانت عملية استنباط أو استخراج الحكم الشرعي منها ميسورة لكثير من الناس، لكنها لم ترد بهذه الصورة بل وربت بعضها محكمة والأخر متشابهات، كما أن الأيات المحكمات وربت منثورة في المجموع الكلى من الكتاب، والعلية من ذلك أن تطور الحياة والمجتمعات ورعاية المصالح

والأعراف والبينات والأزمنة والأمكنة تحتم بقاء بلب الاجتهاد بالرأى مفتوحاً لاستيعاب المعلملات الحديثة والوقائع والحوادث المستجدة والقضايا العصرية المعتدة، وتوجب عدم القطعية في دلالة كثير من النصوص لتكون صالحة لكل زمان ومكان وفي جميع الأحوال، مما يجعلها خالدة ومرنة في أن واحد، بحيث تقتصر القطعية على الأصول والكليات والمبادئ العامة، وتكون مخالفتها مخالفة لشرع الله، أما المتغيرات والفروع فإنها تكون وتظل محلاً للاجتهاد والرأى والاستحسان والقياس وغيرها من مصلار الفقه والإفتاء لاستتباط الحكم الشرعي المناسب لظروف العصر على ضوء الكليات والقواعد ألعامة، وهي تشمل الأحكام المعاملات والشئون المشئونة والإفتاء المعاملات والشئون

وفي هذا يقول الله مبحاته وتمالى في محكم القرآن الكريم: كتاب أنزلناه البلك مبارك ليدبروا آيته وليتذكر أولوا الألباب - سورة من: آية ٢٩، بمعنى أن الحكمة من تنزيل الكتاب أن يتدبر الناس آياته فيستخرجوا منها علمها ويتأملوا أسرارها وحكمها، لأن التدبر فيه والتأمل لمعاينة يتطلب إعادة الفكر فيها مرة بعد مرة لندرك بركته وخيره وعدم الاكتفاء بتلاوته، ولذلك فإنه عدا الأحكام القطعية وهي قليلة كما أشرنا، فالباقي من القرآن كله قابل للتدبر واعمال المقل والتفكو التنفير بشأته، مما يؤكد أن الأصل فيها ظنية دلالتها.

وفى هذا الصدد يتعين ملاحظة أنه لا يجوز للمشرع أن يخرج على دلالات النص قطعى الثبوت إذا تعددت واحتسل أكثر من دلالة أو تأويل بطرحها كلها جانبا، بمعنى أنه إذا كان النص قطعى الثبوت له عدة دلالات قطعية أى محددة على سبيل الحصر والدقة فى دلالتين أو أكثر، فليس المشرع إلا أن يختار من بين هذه الدلالات المحددة ما يتناسب مع ظروف الزمان والمكان، وبالتلى يلتزم بالحكم الشرعى قطعى الثبوت وقتا للدلالة التى يقدر

المشرع توافقها مع الظروف والأحوال السائدة وقت التشريع، وذلك على نحو ما سنبينه لاحقًا.

كما أنه فى الأمور التى لم ترد فيها أحكام قطعية ولا ظنية فى الكتاب والسنة الصحيحة بحق المصرحة والسنة الصحيحة بحق المشرع أن يضع من القوانين ما يراه محققا المصلحة العامة للمجتمع مع الالتزام بلتباع مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها وعدم الخروج عليها إلا لضرورة تحتم ذلك لعدم صلاحية المبدأ للتطبيق فى الظروف المثالة وقت التشريع.

القصل الثاثى

مبادئ الشريعة الإملامية مصدر مادى للتشريع

مبيق أن أشرنا إلى أن المشرع عنما يضع القاعدة القانونية، فإنه يستمد مضمون هذه القاعدة من بعض الحقائق التاريخية أو الدينية أو الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية، وأن هذه الحقائق تمثل المصدر الموضوعي أو المادي للقاعدة القانونية حيث يستمد منها موضوعها أو مادتها الأولية.

واصطلاح "الحقاق" يعنى أن الفكرة موضوع هذه الحقيقة هي فكرة مستقرة أو نابعة من وجدان المجتمع الذي يضع المشرع له تلك القاعدة القانونية المستمدة من هذه الحقائق، فهذه الفكرة مع غيرها من الأفكار تمثل حقائق بالنسبة لهذه المجتمع، ومن ثم تأتى القاعدة القانونية المستندة لهذه الحقائق كانعكاس للمجتمع، معبرة عن حاجاته ومقوماته الأساسية.

ومن الحقائق التي لا مجال للنقاش حول استقرارها ووجودها في وجدان وضمير المجتمعات العربية والمجتمع المصرى على الأخص، الإيمان بالله ورسله ووجوب طاعته والالتزام بشريعته في حياة أفراده الأخلاقية والاحتماعية.

ولا ريب في أن اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً موضوعياً للتشريع هو أمر لا يحتاج إلى النص عليه، ولذلك فإن النص في المادة الثانية من دستور ١٩٧١ في مصر – وغيره من دساتير بعض الدول العربية الأخرى كالكويت والبحرين وقطر والإمارات – على أن "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي – أو مصدر رئيسي - للتشريع" أو أنها أساس التشريع مثلما ورد في دستور ملطنة عمان لعام ١٩٩١(١)، لا يأتي بجديد في هذا الصدد، فلحكم الشريعة

 ⁽١) ويقترح البعض في هذه الدول أن يكون النص أن "الشريعة الإسلامية مصدر التشريع"
 بمعنى أنه المصدر الوحيد التشريع، وهو أمر مستحيل التحقق إزاء التطور الحتمى
 الذي يلحق بكافة الدول والشرائع.

الإسلامية وميادتها ما زالت بعد النص كما كانت قبله مصدراً موضوعياً أو مادياً النشريم('').

يؤكد ذلك ما ورد في تقرير اللجنة الخاصة التى شكلها مجلس الشعب للنظر في مبدأ تعديل الدستور عام ١٩٨٠، فيما بخص المادة الثانية منه بصدد الشريعة الإسلامية، من أن تعديل نص هذه المادة ليكون "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" يهدف إلى أن يزيل من الأذهان أية مظنة في عدم التزام المشرع بالالتجاه إلى مبلائ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع منها في كافة نواحي الحياة.

وقد أيد القضاء بصفة عامة هذه الاتجاهات في ذلك الوقت حيث ذهب القضاء الإدارى إلى اعتبار النص الوارد في المادة الثانية من الدستور، خطاب موجه إلى المناطة التشريعية (المشرع) وأنه أيس المحاكم أن تمتنع عن تطاب موجه إلى المناطة التشريعية (المشرع) وأنه أيس المحاكم أن تمتنع عن تطلب مو القوانين السارية بحجة تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، لما تختص بذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر دون غيرها ولأن نص المادة الثانية حتى بعد تعديلها حيى خطاب موجه إلى المناطة التشريعية لدراسة الشريعة الإسلامية دراسة شاملة وتتولى بالتنظيم الأحكام التفصيلية، مدنية كاتت أو جنائية أو اقتصادية أو دولية أو غيرها (")، وعلى السلطة التشريعية أن تبحث في التشريعات الوضعية القائمة التقييها من النصوص التي تتعارض مع أحكام الشريعات الوضعية القائمة التقييها من النصوص التي التشريعات

⁽١) يرى الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى أيضا أن مبادئ الشريعة الإسلامية تمثل نوعين من المصادر: فهي تعد أولا مصدرا موضوعيا وبخاصة مصدرا تاريخياً ... وتعد ثانياً: مصدرا رسميا (بداهة) حيث أن النص عليها في الدستور كمصدر التشريع قد أسبغ على مبادئها (أي الشريعة) صبيعة الإلزام. راجع مؤلفه: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور سالف الإشارة ص ٢١ وما بعدها.

 ⁽٢) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٢/٤/٣ القضية ٣٣٩ لسنة ٢٧ق، مجلة العلوم الإدارية.
 السنة ٢٦ الحدد الأول يونيو ١٩٨٤ ص ١٦٣.

المختلفة ... وإلى أن ينبثق هذا النظام التشريعي ويمتكمل قوته الملزمة، فأن التشريعات السارية في الوقت الحاضر، تظل نافذة بحيث لا يموغ لأية جهة إدارية مخالفتها بحجة تنفيذ قواعد الشريعة الإسلامية، أو تضع من القواعد ما يتعارض مع هذه القوانين بمقولة تطابقها مع أحكام هذه الشريعة، وإلا أصبح النظام القانوني في الدولة مسخا تبرأ منه كل الشرائع (أ).

وبدورها أكدت محكمة النقض على أنه "لما كان النص في المستور في المادة الثانية منه من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي المشادة الثانية منه من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي المسلامية مصدرا رئيسيا فيما تسنه من قوانين ... ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأخرج هذه الأحكام في نصوص تشريعية محددة المنطبة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ بدءً من التاريخ الذي تحدده الملطة التشريعية المريانها "(").

أما عن القصاء الدستورى، فإن قضاء المحكمة العليا يختلف عن قضاء المحكمة الدستورية العلياء وخاصة بعد إجراء التعديل الدستوري عام ١٩٨٠، فقد قضت المحكمة العلياء وخاصة بعد إجراء ابأن "ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع تستهدف توجيه الشارع إلى استلهام قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، أما تخير المشرع مذهب دون مذهب أو أو جع الأقوال في مذهب من المذاهب والزام القضاء التقيد به، فهو من المسائل التي يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقا لما

 ⁽١) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩١/١١/٢٤ القضية ٤٨٣ أسنة ٣٣٤، المجموعة السنة ٣٧ ص ٢٤٥.

 ⁽۲) راجع آحكامها في ١٩٨١/١١/٤ الطعن ٢٧٠٠ لسنة ٥٥٦، المجموعة السنة ٣٦ ص ١٨٥/٢/١٩ ليطعن ١٣٨٠ لسنة ١٥٥٠ المجموعة السنة ٣٦ من ١٤١٦ وفي ١٩٨٢/١٠/٢٢ الطعن ٣٣٠٠ لسنة ٥٦٤، المجموعة السنة ٣٧ م ٧٩٠.

ير اه ملائمًا لظروف المجتمع بلا معقب عليه في تقدير ه، إذ يسوغ للشارع ــ بما له من سلطان _ أن بجمع الناس على رأى واحد بر فع به الخلاف ويقيد به القاضي كي ينزل الجميع على حكمه ويأثم من يخالفه لأن طاعة ولي الأمر واجبة فيما ليس فيه مخالفة للشرع ولا معصية، وأساس هذا الجمع هو تيمير تعريف القاضي و المتقاضي على المواء بما يحكم أعمال الناس من قواعد، تحقيقا لاستقرار العلاقات وثبات الأحكام وارساء للماق والعادل والمساو اق"(١) و يندو جلياً من قضاء المحكمة العليا أنها رأت في معادئ الشريعة الإسلامية مصدر أ موضوعيا خالصاً للمشرع، الذي يتمتم بملطة تقديرية في ظل هذا النص في اختيار مذهباً دون آخر أو أرجح الأقوال في مذهب من المذاهب وفقاً لما يراه ملائماً لظروف المجتمع بلا معقب عليه في تقديره، مما يؤكد بوضوح أن هذه المحكمة تفسر الشريعة الإسلامية بأتها الفقه الإسلامي بمذاهبة المختلفة بعيدا عن فكرة الأحكام القطعية ومجلول المبادئ، وهو الأمر الذي نلاحظ أن المشرع الدستوري في دولتي الكويت والبحرين قد اعتنقاه، حيث حيدا في المنكرة التفسيرية للنستور الكويتي عام ١٩٦٢ والنستور البحريني عام ٢٠٠٢، و هي ملزمة للكافة ولها قوة النستور في كلتا الدولتين وفقاً لنظامهما الدستوري، مدلول "الشريعة الإسلامية" بأنها تعني "الفقه الإسلامي" دون تحديد لفقه مذهب محدد أو اجتهاد معين ليستمد منه المشرع فيهما تشريعاته، بما لا يدع مجالاً الشك في أن الشريعة الإسلامية في هاتين الدولتين ليست سوى أحد المصادر الموضوعية أو المادية التي يمكن للمشرع الالتجاء إليها أو لغير ها عندما يقوم بسن تشريعاته فيهما، وهو الأمر الذي يفرغ في تقدير نا هذا النص الدستوري من كل مضمون، حيث ليس هناك ثمة فقه إسلام متفق عليه في العالم الإسلامي أو الدول الإسلامية قاطبة .

 ⁽¹⁾ أأ حك فالطراف ١٩٧٦/٧/٣ الله ضية ١٠ لسنة عنى بستورية، المجموعة الجزء الأول من ٣٤٤.

اذلك رأى المشرع الدستورى في مصر بعناسبة تعديل دستور 1941 الأول مرة عام 1940 أن الوقت قد حان لإزالة هذا الخلط بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي من خلال إعادة صبياغة نص المادة الثانية من الدستور لتكون "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، واستطاعت المحكمة الدستورية العليا بحصافتها المشهود بها لها، أن تضع الضوابط والمفاهيم الصحيحة لهذا النص المعدل، والتي بمقتضاها ترتقى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية القطعية لتكون مصدرا رسميا للقانون، إلى جانب كونها مصدرا موضوعيا للتشريع، كما سنوضح لاحقاً.

غير أنه ورد في المادة ٢١٩ من مشروع الدمنور الجديد النص على المبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتبرة في مذاهب أهل المننة والجماعة"، والمقصود بالأدلة الكلية كل ما جاء في القرآن والمنة الصحيحة، أما القواعد الأصولية والفقهية، فهي القواعد المستنبطة من عموم الأدلة الشرعية التي لا اختلاف عليها والتي تحقق مقاصد الشريعة، والمقصود بالمصادر المعتبرة في مذاهب أهل المنة والجماعة استبعاد للمذاهب الفقهية الأخرى مثل مذاهب الشيعة والإباضية والظاهرية، وهو الأمر الذي يكرس التعصب والفرقة بين المسلمين، وعليه تشمل هذه المصادر القرآن والمنة وهي المصادر الآلهية على نحو ما سبق عرضه إلى جانب الإجماع والقياس وهي مصادر الجهادية بشرية كما شرحنا سلفا، وذلك وفقا لرأى غالبية فقهاء أهل المنة والجماعة، مما يعني اتجاه المشرع الدستوري الى الخلط التام بين الشريعة الإسلامية والقله الإسلامي.

وإذ يثور التساؤل عن دور مبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع، فإن الأمر يتطلب كذلك التعرض لمقاصد هذه الشريعة وبيان دورها أيضاً في التشريع سواء باعتبارها من مبادئ الشريعة أو أن مدلولها يختلف عن مدلول تلك المبادئ.

المحث الأول

دور مبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع

من الجلى أن المشرع الدستورى في نص المادة الثانية من الدستور يخاطب السلطة المختصة بالتشريع على وجه الخصوص، وهو أمر طبيعي كما قلنا سلقا لأن مراعاة المشرع والتشريع في الدول التي يكون معظم سكانها من المسلمين الشريعة، لا يتعارض في حد ذاته مع طبيعة الدولة المدنية ولا مع مفهم ومدلول الديمقر اطبة، ما دام ذلك النص لا يقيم حكومة دينية تعطى لعلماء الدين حقا في اقتسام السيادة مع الشعب، فلا تكون لهم مهما كانت صفاتهم الدينية أية مسلطة أو وصلية على المجتمع أو الدولة بما يخل بالأصل الدستورى السائد في كل الدول الديمقر اطبة الحديثة من أن الشعب وحده هو مصدر المسلطات، إذ "المرجعية الدينية العليا أو النهائية أو الرئيسية" وتمارس المسلطة بهذه المسفة المرجعية الدينية العليا أو النهائية أو الرئيسية" وتمارس المسلطة بهذه المسفة مما يجعلها وصية على الشعب تقوض إراداتها عليهم تحت شعار الدين، وهو بالغ فكرة "المرجعية" بل وتحظرها تماما لتعارضها التام مع طبيعتها التي ترفض بوضوح على تشجيع التدير والاجتهاد وإعمال العقل والبحث عن العلم.

وقد أكدت وثيقة الأزهر الصلارة في يناير ٢٠١٧، التي حظيت بتأييد من الأقباط والليبر البين والإسلاميين وغيرهم على تلك المبادئ والمقرمات بقولها: يتم تأسيس الدولة الوطنية الدستورية الديموقر اطبة الحديثة بالإعتماد على دستور ترتضيه الأمة، يفصل بين سلطات الدولة ومؤسساتها القانونية الحاكمة، ويحدد إطار الحكم، ويضمن الحقوق والواجبات لكل أفرادها على قدم المماواة، بحيث تكون سلطة التشريع فيها لنواب الشعب، بما يتوافق مع المفهوم الإسلامي الصحيح، حيث لم يعرف الإسلام لا في تشريعاته ولا حضارته ولا تتريخه ما يعرف في الثقافات الأخرى بالدولة الدينية الكهنوتية التي تمليلت

على الناس... ويكون الاعتماد على النظام الديموقراطي، ويما يضمنه من تعديدة ومن تداول معلمي المعاطة، ومن تحديد للاختصاصات، والالتزام بمنظومة العريبات الأساسية في الفكر والرأى، مع الاحترام الكامل لحقوق الإنسان، والتأكيد على مبدأ التعدية، واحترام الاديان المعماوية، واعتبار المواطنة مناط المعمنولية في المجتمع.

وعليه تذهب غالبية فقهاه القانون إلى أن النص في الدستور على اتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً التشريع إنما ينصرف بطبيعة الحال إلى اتخاذها مصدراً موضوعياً المشرع، إذ لا يسبغ هذا النص على أحكام الشريعة وَمَ إلز ام ذاتية، ولذلك فإن أحكامها ما زالت بعد النص كما كانت قبله مجرد واحد دينية، لا يلتزم الناس بالعمل على وفقها إلا بوازع من ضمائر هم وحدها، ولا تكتسب هذه الأحكام قوة الإلزام التي تحظى بها قواعد القانون إلا إذا تدخل المشرع فقتنها، وفي هذه الحالة تصبح تلك الأحكام ملزمة بتقرير ها تشريعياً لا بذاتها، أي بسلطان الدولة لا بسلطان الدين. والدليل على ذلك أن الخطاب في النص الدستورى موجه إلى المشرع لا إلى الكافة ولا إلى القضاء. فهو يلفت نظر المشرع إلى وجوب استلهام قواعده في كل ما يعرض له من أمور مما تقرره الشريعة الإسلامية (أ).

ومن الملاحظ أنه أيا كان التفسير الذي يعتنقه القضاء وبعض الفقهاء لنص المادة الثانية من الدستور الحالى في مصر، فإن القدر الأدنى المتفق عليه هو "التزام" المشرع باتباع مبادئ الشريعة الإسلامية عندما يسن تشريعاً معيناً،

الأسناذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق – ص ١٨.
 الأسناذ الدكتور مصطفى الجمال: المرجع السابق -- ص ٣٣٧.

الأستاذ الدكتور مسمر تقاغو: المرجع السابق - ص ٣٦٢. الم فقهاء الشريعة، فإن الأطليبة الكاسحة منهم تصر على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية - بل والفقه الإسلامي لدى معظمهم - لها قوة الزامية ذاتية، وتتمتع بالمرتبة الأولى المعلمية في تدرج القواعد القلونية على كافة قواعد القوافين الوضعية، وإن كانت تقرح جهيا بينها إلى عظام التب.

وهو الالتزام الذى يحول – فى تقديرنا كما منوضح فيما بعد – أحكام الشريعة الإسلامية إلى مصدر رسمى للقتون وليس فقط مصدرا موضوعيا للتشريع. ومع ذلك فبته فى كل الأحوال وتبعا لكافة التفسيرات، فإن دلالة المادة الثانية من الدستور تؤدى إلى تقييد ملطة المشرع على الأقل بضرورة الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند من التشريعات.

فالأصل أن للسلطة التشريعية حرية التقدير عندما تقوم بسن تشريع ماء ما لم يلزمها الدستور بمبادئ معينة، ولم تجر الدساتير الحديثة على إلزام السلطة التشريعية باستلهام قواعدها من مصدر بذاته، بل أطلقت يدها في سن ما تراه ملانما للمجتمع في ضوء الظروف المحيطة بها، فيكون لها أن تستلهم هذه القواعد من الأعراف السائدة أو التشريعات المقارنة أو الاجتهادات الفقهية والقصائية أو مبادئ العدالة والقانون الطبيعي أو بطبيعة الحال من قواعد الشريعة والأديان السماوية غير القطعية، ويظل من حقها بعد ذلك الرجوع عنها واعتداق غيرها.

غير أن للمشرع الدمستورى وهو ينشئ المعلطة التشريعية ويحدد المنتصاصاتها أن يلزمها بما يراه ملائماً من مبادئ وقيود، ومن ذلك مثلاً ما نصبت عليه المادة ١٢ من بستور ١٩٧١ في مصر، بعد تعديلها عام ٢٠٠٧، من أن "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها، والتمكين التقاليد المصرية الأصيلة، وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية، والتراث التاريخي الشعب، والحقائق العلمية، والآداب العامة، وذلك في حدود القانون. وتلتزم الدولة باتباع هذه المبادئ والتمكين لها ". فهذه الجملة الأخيرة وفي تقديرنا - تحول المبادئ المشار إليها في نص المسادة إلى مبادئ عامة المقانون تلتزم الدولة بملطاتها العامة باتباعها والتمكين لها، فيلتزم المشرع بالأخذ بها أو على الأقل عدم مخالفتها، ويلتزم القاضى بتطبيقها في حالة غياب النص أو مخالفته لها.

وإذ جاء المشرع الدستورى في دمشور ١٩٧١، ونص في المادة الثانية منه -- قبل تعديلها في مايو ١٩٨٠ - على أن الشريعة الإسلامية "مصدر رئيسي للتشريع"، فإن هذا النص لم يكن يعني في تقديرنا سوى أن الشريعة الإسلامية هي أحد المصادر الرئيسية التشريع، ومن ثم فإن المصادر الموضوعية للتشريع لم تعد متكافئة كما كانت قبلا، وإنما أصبحت تتدرج فيما بينها إلى درجتين على الأقل: مصادر رئيمية ومصادر ثانوية أو قرعية. ومع ذلك فإن هذا النص جاء عديم الجدوى إذ أنه لم يشر إلى أية مصادر موضوعية أخرى رئيمة كانت أم فرعية.

وإذا كان جانب من الفقه لم يلحظ خلافا جذريا بين نص المادة الثانية المسار إليه قبل وبمد تعديله إلى "... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" (أي إلا أننا نرى أن لهذا التعديل أثره القاتوني الواضح والبالغ الأممية. فهو من ناحية حول هذه المبادئ إلى مصدر رممي للقاتون كما منبين فيما بعد، وهو من ناحية أخرى جعل لها الأولوبة بين المصادر الموضوعية، هم بسن تشريع، فإن وجد فيها حكما يتصل بموضوع هذا التشريع قنفه، وإن لم يعد بحث عن ضائته في غيرها من المصادر، وبالتألي لا بجوز لتشريع بحد بحث عن ضائته في غيرها من المصادر، وبالتألي لا بجوز لتشريع وضعي - لاحق لنفاذ تعديل هذا النص على الأقل - أن يخالف حكما قطعيا من أحكام الشريعة الإسلامية أو أحد مبادئها القطعية وإلا كان هذا التشريع مشوبا بعيب مخالفة الدستور، لإغفاله مبادئ الشريعة الإسلامية وتقديم مصدر

⁽١) الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: الشريعة الإسلامية ... سالف الذكر – ص ١٦. الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق – ص ١٩ / ١ ، وهو يزى أن وصف الدستور و احدا من المصادر الموضوعية – دون غيره – بائه مصدر رئيسي، فقد دل بذلك على أنه يعتبره المصدر الرئيسي الموحيد، ولو قبل بغير ذلك الكان التخصيص عدم الجدوي.

وجدير بالإشارة أن تقرير اللجنة الخاصة التى أعدت مشروع تعديل المادة الثانية من الدستور وقدمته إلى مجلس الشعب فناقشه ووافق عليه فى ٣٠ أبريل ١٩٨٠، جاء به حول غابات التعديل المشار إليه بأنها "تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد فى الشريعة الإسلامية حكما صريحا، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصلار الإجتهلاية فى الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتى لا تضالف الأصول والمبلدئ العلمة للشريعة ...".

ونلفت الانتباه في هذا الصدد إلى أن هذا التقرير – وهو من الأعمال التحضيرية التي توضح وتفسر نية المشرع السعوري – يأخذ بالتحديد الذي نعتنقه لمبادئ الشريعة الإسلامية والتعييز بينها وبين مصادر التشريع الإسلامي الفقة الإسلامي كما أشرنا من قبل وهي التي يشير إليها هذا التقرير بعبارة المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية"، بمعنى أن المشرع الدستوري لا يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية مسوى الأحكام الصريحة في الشريعة الإسلامية أي الأحكام القطعية ثبوتا ودلالة أو المحكمة كما ورد في سورة أل عمران على نحو ما سبق عرضه، وبالتالي فهي "أم الكتاب" إلى جانب ما ورد من أحكام قطعية في المنة الصحيحة، وهي مصادر إلهية كما سبق وأوضحنا، من أحكام قطعية في المنة الصحيحة، وهي مصادر الهية كما سبق وأوضحنا، أما غير ذلك من إجماع وقياس واستحسان ... فهي كما يقول التقرير مصلار المتربة لا تندرج في مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية، وإن كان ذلك لا يمنع المشرع من الالتجاء إليها ولكن بشرط ألا يجد في الكتاب أو السنة حكماً وسريحاً أو بالأحرى قطعيا.

فإذا لم يكن هذاك نص فى الكتاب ولا المنة، لا قطعى ولا ظنى، فيلب الاجتهاد يكون مفتوحاً على مصراعيه للمشرع، وله - دون أن يكون ملزماً بذلك - الرجوع إلى الثروة الفكرية الاجتهادية التي خلفها فقهاء الشريعة على

لمنداد العصور واختلاف مذاهبهم، وهي توسعة على المشرع يفضل أن يستفيد بها تحقيقاً لروح الشريعة الإسلامية.

ولعل في الإجماع والقياس - وهي من مصادر الشريعة غير المختلف عليها لدى البعض(") - يجد المشرع ضائته. وإذا كنان القياس لا خلاف في تحديد مدلوله، إذ من المتفق عليه أنه يعني أن هناك مسائل لم تدل الشريعة فيها بحكم، لكنها أوردت حكما في أمور تشايهها، فإذا ثبت اتحاد العلل والدواعي بين هذه المسائل، فإنه يمكن الأخذ بنفس الحكم ليطبق على المسائل التي لم يرد بشأنها الحكم قياسا على المسائل الأخرى التي ورد بشأنها الحكم إذا كان القياس كذلك فإن الإجماع يحتاج إلى قليل من التوضيح.

قالإجماع اختلفت أقوال الفقهاه بصدد تعريفه، فهو عند الإمام الشافعي "ما يتفق عليه أهل العلم كافة في ممالة ما ولا يختلف عليه أحد"، في حين أنه عند البعض "اتفاق رأى الأكثرية". والواقع أنه لا خلاف في حجية الإجماع، فإذا ما أجمعت أمة على اجتهاد أو قانون فإنه يلزم انباعه، ولكن الاختلاف هو في عه أو ثبوته.

ومما لا ريب فيه أن الإجماع قد وقع وثبت حدوثه في عصر الصحابة والخلافة الراشدة، أما حينما اضطرب نظام المجتمع واتسعت الدولة، وتم الأخذ بنظام الشورى والاعتماد عليه، فإنه لم يعد هناك وسيلة للتحقق من وقوع الإجماع على وجه اليقين.

وفي تقديرنا أنه في عالمنا المعاصر لم يعد من الممكن تصور وقوع الإجماع، واجتماع أهل الحل والعقد في العالم الإسلامي كله على أمر واحد،

⁽١) دكتور عبد الجليل محمد على: مبدأ المشروعية فى النظام الإسلامى ... الطبعة الأولى 1976 - ص ٢٣٤. دكتور عجيل جاسم النشمى: المستشراتون ومصادر التشريع الإسلامى – الطبعة الأولى بـ ١٩٨٤ - ص ٣٠.

فان حدث هذا - وهو افتراض نظرى بحت - فلا شك فى أن إجماعهم يصبح قانونا للعالم الإسلامي أجمع.

وبالرغم من ثبوت إجماع الصحابة في عصر الخلفاء الراشدين، إلا أننا لا نعتبر أن لإجماعهم نفس ما لمبادئ الشريعة الإسلامية الواردة في الكتاب والسنة من حجية وقوة ملزمة. صحيح أن رسول الله قد حثنا على ضرورة الاقتداء بأصحابه، وكثير منهم قد ارتقوا في مدارج الكمال الخلقي إلى مراتب رفيعة بعيدة المنال، إلا أن الترامنا المعنوى باقتفاء أشار الصحابة ينصب بصورة خاصة على خلقهم وسلوكهم، على مثاليتهم الرفيعة وتسليمهم المطلق لمشيئة الله سبحانه وتعالى، أما شئون الحكم وإدارة الدولة وتنظيم المجتمع، فإن ما حققوه في شائها لم يقع على أحكام الشريعة وحدها، وإنما مناهمت في تكوينه ضرورات زمانهم ومقتضيات عصرهم.

إن الأحكام التى تصدر عن الاجتهاد، بغض النظر عن عظمة الشخص الذى تصدر عنه، نظل مطبوعة بطابع البينة التى نشأ فيها ذلك الشخص ومدى علمه، والعلم - وخاصة فى الأصور الاجتماعية والسياسية - لا يتأثر بخلق الإنسان و عظمته الشخصية بقدر تأثره بمجموع من الخبرات التاريخية التى عرفت حتى عصره. ومما لا شك فيه أننا نحن الذين نعيش وراء أربعة عشر قرنا نصطنا عن عصر الصحابة نملك من الخبرات التاريخية - ولا فخر لنا فى

⁽¹⁾ راجع في عرض هذا الاتجاه – محمد أسد: المرجع سالف الذكر – ٥٠: 10 - ويلاحظ أن هذا العالم يصر بحق على الرجوع دوما إلى القرآن والسنة، واليهما دون غير ها من اجتهادات فقهية حتى يمكن صباغة مجار جنودة تفكيرنا السياسي والاجتماعي بدلا من الاتجادات فقهية حتو الأفكار الفرزية والنظم السياسية السائدة في الغرب، ولنبعث ثقافتنا من جنيد ونصون تراثنا العظيم من "بديان العفن" التي بدأت تنب في أوصىاله، وأنه لكي نقق هذا المؤرض فلابد من أن نطرح جاتبا هذا "الإتكال العقيم" على ما وصلت إليه الأجيل السابقة من فقهاء المصلمين من أحكام اجتهادية بنت لها في زمنها "نهائية" وحاسمة في الشنون الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وإنما لابد لنا من أن نبذا في —

والخلاصة أن المشرع ملتزم بأن تجئ تشريعاته متفقة مع مبدائ الشريعة الإسلامية المستمدة بصورة قاطعة من الأدلة الكلية أي القرآن والمسنة المسموحة وإلا كانت باطلة لمخالفتها المستور الذي يلزم المشرع بذلك باعتبارها ذات مرتبة إلزامية أعلى من مرتبة التشريع البرلماتي أو القانون، ويظل الموال بعد ذلك عن مدى الالتزام بمقاصد الشريعة الإسلامية المستمدة من القواعد الأصولية ومن عموم الأدلة الشرعية التي لا اختلاف عليها، وهو ما نعرضه في المبحث التالى.

البحث الثاني

دور مقاصد الشريعة الإسلامية في التشريع

إذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية على نحو ما سبق عرضه تمثل قيدا دستورياً على المشرع، بأن لا يخلف التشريع هذه المبادئ وهو أمر يتعلق بمضمون التشريع ومحتواه، أى بعنصر المحل في هذا التشريع وقفاً للفة القانونية، فإنه من الطي أن "مقاصد" الشريعة الإسلامية تتصل بوضوح بالغ بعنصر الخابة أو الغرض أو الهدف من هذا التشريع.

ومع ذلك قليس ثمة اتفاق بين علماء الدين على التمييز بين المبادئ والمقاصد، إذ يراهم البعض شيئا واحداً، فيقول أحدهم وهو المكتور الشحات الجندى أن المبادئ هي تميير عما جاءت به الشريعة من مقاصد ومقومات

اجتهادنا من جديد بأسلوب إيداهي خلاق على ضوو در استنا الخاصة لمصافر الشريعة الأصلية، وهو ما سيؤدي من نلجية إلى أن الشريعة الإسلامية – ولا سيما بالشريعة الأصلابية وهو ما سيؤدي من نلجية إلى أن الشريعة الإسلامية وراسوله عليها قبل أن تطعر تحت طبقات كليفة من الاستنباطات والاستدلاك الكليدية الراسة، كما أنه من نلجية أخرى فإن الدولة الإسلامية لا يازم أن تنفق مع أية "سيقة تاريخية"، فكل ما نبغيه منها لكى تنال بحق صفة الدولة الإسلامية هو أن تدمج في سعتور ما وأن شنيدي في أصلها بتاك الأحكام الطفارة المستورع عليها في القرآن والسنة، والتى المقالة مباشرة بحياة المجتمع السياسية، وهي أحكام الخليلة محكمة الصراغة لا يلايسها غمرض، وهي ذات طبيعة مرزة تصمح لها بالحياة والعمل في كان الطرزوف الإجتماعية، المرجع السابق – س ٢٠٤٠؟ ٢٤.

أساسية صدالحة لكل رصان ومكان، مثل مبدأ الشورى والمساواة والعدل والوحدة، وهي مقررة بنصوص صريحة وقطعية، بينما يميز البعض الآخر من الفقهاء الأصوليين بينها، إذ المقاصد لديهم هي الفاية التي من أجلها وضعت أحكام الشرع، أو هي المعلق والإهداف الملحوظة الشرع في جميع أو معظم أحكامه (1) كما أن جانب من الفقهاء يربط بين المقاصد والمصلحة، أو بينها وبين الحكمة المقصودة بالشريعة من الشارع، وفي تقديرنا أن مقاصد الشريعة هي كما عرفها الفقيه المغربي علال الفاسي "الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"، فهي لدى الفاليية المعاصرة من الفقهاء، جملة الفايات الأساسية والأهداف الكبرى التي بينتها الشريعة وتضافرت الأدلة في جملتها على تلكيدها وما يندرج تحتها من معاتي.

وقد تلاقى الفقه الإسلامي على أن المقاصد العامة للشريعة، وهى المقاصد الضرورية التي تمثل الضابط العام التشريع الإسلامي إنما تتبدى في حفظ الدين والنفس والعقل والنمل والمال، وذلك إلى جانب بعض المقاصد الخاصة التي تتعلق بباب معين أو أبواب معينة من أبواب المعاملات مثل مقاصد النظام المعياسي، ومقاصد القضاء والشهادة، وعلى مبيل المثال فإن تطبيق الشريعة الإسلامية بين أفراد المجتمع، هو من مقاصد النظام المياسي الإسلامي، كما أن إقامة العدل والإحسان هو من مقاصد القضاء التي لا يماري فيها أحد، فالمدل أصل من أصول الحياة، والقرآن الكريم يدعو إلى تحرى المدل حتى مع أولئك الذين نكر ههم، مما مقاده ضرورة تنحية العواطف عنما يتعلق الأمر بتطبيق العدل، القولة عنما يتعلق "يا أبها الذين آمنوا كونوا قوامين الششهداء بالقسط ولا بجر منكم شنان قو على ألا تعدلوا، أعدلوا هو أقرب التقوى،

⁽۱) راجع في هذا الموضوع: محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية – ١٩٤٧. علال الفاسي: المقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها – ١٩٦٣. الدكتور محمد كمال أمام: الدليل الإرشادي إلى مقاصد الشريعة الإسلامية – ٢٠٠٧.

وانقوا الله إن الله خبير بما تعملون" - الماندة: آية ٨، وكذلك الأمر بشأن الحرية والممماواة باعتبارها من مقاصد النظام الميلسي.

ومن الثابت فقها أن تحديد المقاصد العامة والخاصدة، الكلية والفرعية، هو اجتهاد بشرى قابل التعديل والحذف والإضافة، لذا فإن مجالها الطبيعى يتمثل في الأحكام الظنية وفي إطار الاجتهاد البشرى، سيما اجتهاد ولى الأمر لأنه ملزم وواجب الطاعة، دون أن يمنع ذلك من وقوع التدازع أو الاختلاف معه، وهو اجتهاد الأصل فيه أنه يسعى إلى تحقيق مقاصد التشريع، ولذلك فإن اجتهاد ولى الأمر يمكن أن يؤدى إلى الاختلاف في الرأى عكس اجتهاد الفقيه فهو إلى جانب أنه غير ملزم لأحد، إلا أنه قد يؤدى أحياتا إلى التعصب والفرقة بين المسلمين، أما الأحكام القطعية فلا يجوز استبعاد أي منها تحت مزاعم ترجيح أحد المقاصد.

وتمثل القاعدة الفقهية "الأمور بمقاصدها" الأساس الرئيسي لنظرية المقاصد الشرعية إلى جانب مبدأ "جلب المصلحة ودره المفاسد" وهو من المبادئ العامة المشريعة إلى جانب مبدأ "جلب المصلحة ودره المفاسد" وهو من المبادئ العامة المشريعة الإسلامية مثل مبادئ لا ضبرر ولا ضبرا، واليقين لا يزول بالشك، والمشقة تجلب التيمير، والضرورات تبيح المحظورات، وهي مبادئ تحكم كما مبيق القول التشريع أو بالأحرى المشرع في الدولة الإسلامية المدنية بطبيعتها، إذ لا تتحقق مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية في مجتمع تحكمه سلطة دينية تسعى إلى تحقيق أهدافها السياسية من خلال الإدعاء باتهم مبادئ بين ينطقون باسم الله أو أنهم مبعوثين من لدنه أو مفوضين منه، ومن ثم يزعم صاحب الملطة الدينية – فردا كان أو مجموعة أو طاقفة أو حزباً أو فئة – أن له الحق في التدخل في ضمائر الناس والرقابة عليها ومعاقبتها وتكثيرها، فقد أتى الإسلام بأحكامه ومبادئه ومقاصده أبحارب هذا النمط من الملطة الذي كان أم سادنا في الدول الأوروبية المميحية، ويخلص البشرية من شروره، ويفتح مائذا في الدول الأوروبية المميحية، ويخلص البشرية من شروره، ويفتح الطريق لتكوين مجتمع حريهي للأفراد والجماعات الازدهار والتقدم والنمو

فى وعيهم و عقولهم وانقسهم وأموالهم ونسلهم، علاوة على التفتح الروحى والعقائدى بمحض لختيار هم، ومن هذا بات من بديهيات الشريعة الإسلامية وأولياتها نقض المسلطة الدينية وتقويض أركاتها وتجفيف منابعها، وتحرير المقل من كل قيد يؤدى إلى الأمية والخرافة والتقليد، داعية – أى الشريعة لإطلاق حرية التفكير وإعمال العقل باعتباره التعمة الكبرى التي أنعم الله بها على الإنسان، فجعلت التفكير فريضة إسلامية المقصر فيها كالمقصر في الصلاة أو الزكاة وسائر فرائض الإسلام، ولذلك فإن التكوين الأنسب لتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية هو المجتمع المدنى على غرار المجتمع الذي وضع الرسول نواته في المدينة المنورة (أ)، وهو ما يمكن إثباته من خلال إطلالة سريعة على مدنول مقاصد التشريع الإسلامي المتفق عليها وهي:

1- حفظ الدين، وهو حق لله تعالى على خلاف المقاصد الأخرى التى تتعلق بحقوق البشر، ومقتضاه المحافظة على التوحيد وهو أساس الإسلام، كما أنه يحفظ كذلك مبدأ عدم الإكراه في الدين ومن ثم حرية العقيدة ويمنع الاقتراء على الله كذبا ونسبة الظلم إليه وتحمل أخطاء البشر من الحكام وأولى الأمر تحت مزاعم تطبيق الشريعة الإسلامية، ويجيز للأفراد التنازع معهم لردهم إلى جادة الصواب ويجعل أمرهم في مسائل التشريع شورى بينهم، في مقابل أن

⁽١) نشير في هذا الصدد إلى أن المجتمع الإسلامي المدني قد تمت إقامته بمتكضي "صحيفة المدنية" التي وضعت في الدام الهجوري الأول في معروة اتفاق أو عقد اجتمع بين الرسول الكريم وبين قلمسلمين و الهجور و (المشركين من الهل يثرب، في صياغة دستورية محكمة بلغ عدد مواده اثنين وخمسين مادة، نظمت القواعد الإساسية لدولة المحينية التي تقوم على التصلوي في المواطنة و حقولها و واجباتها، وتحكم بالشوري وتقرر بالتحدية الدينية و التمايز بين أفراد المجتمع الواحد في المعتقد الديني، فلم تكن هذه الدولة تحولة دينية" رحم إن حاكمها وهو النبي يؤكد قد جمع بين "الولاية الزماية التي المحكم الدولة الاستور قد تمايز عن القرآن، وإن لم يخالف رحمه ومبلئة أو المستور قد تميز عن القرآن، وإن لم يخالف وحده ومبلئة أو لمستور قد الدولة الإسلامية الأولي قد تقترن تأسيمها بالمستور المكتوب، فها يليق بنا أن يحكمنا الاستبداد والطاغوت متحللا من ضوابط الدستور قولا و عملاً".

تكون مسائل المحكم والإدارة لولى الأمر بعد مشاورة أهل الرأى والشورى، فإذا عزم واتخذ القرار فليتوكل على الله ويتحمل مسئولية قراره وتبعاته.

٢- حفظ النص والحياة، وهو تكريس للحق في سلامة الجسد والعرض والحق في السعى لحياة حرة كريمة تقوم على المساواة وحماية الفطرة الإنسائية وضمان حرية إرانتها، نزولا على قوله تعللي "فطرة الله التي فطر الناس عليها، لا تبديل لخلق الله" – الروم: ٢٠، وقوله "ولقد كرمنا بني آدم" – الإسراء: ٧٠، وبالتالي فإن المحافظة على السمع والبصر والفؤاد، وعلى حقنا في سلامة الجسد والعرض في كل الأحوال والظروف، وخاصة في الأماكن المامة مثل الطرق والحدائق بل وفي المعون والمعتقلات هي من الحقوق الطبيعية أو الفطرية المرتبطة بطبيعة الإنمان، والتي تكفلها مقاصد الشريعة الإسلامية.

٣- حفظ العقل، وهو من أهم المقاصد الشرعية التي تعنى استخدام قوانا العقلية لتنمية قدراتنا في التمييز بين الصواب والخطأ والحرام والحلال وممارسة حرية التفكير والتدبر والتأمل، فقد تعددت الأبات الصريحة قطعية الدلالة التي تحث على التأمل والتفكر والنظر العلمى في مخلوقات الله تعالى، وحفظ العقل – وغيره من المقاصد – يوجب حمايته ورعايته وان يتأتى ذلك إلا بالممارسة الفكرية وإعمال العقل في الاختيار في المجالات الرحبة التي تركها الله تعالى للإنسان – وهي الأوسم نطاقاً – ليبدع فيها حلوله التي توائمه وتناصبه الله تعالى للإنسان بأن لا أحد في الكون سوى الله يحق له المتحكم في خياراته، يولد لديه – أي الإنسان – طاقة هاتلة على الفعل والإبداع، ومن ثم تتنافر مع هذا المقصد الكوابح والمعوقات والموانع التي ينصبها طغيان يعض البشر على البعض الأخر، ولذلك يذخر والموالد الثولة والدنيسي التوحيد، غير أنه – الأما الدين الإسلامي عن رأه – الأما الدين الإسلامي عن رأه – الأما الدين الإسلامي غير أنه – الأما الدين الإسلامي

الذين أر ابوا الجمع بين الدعوة وولاية الأمر أي السلطة لأسباب شتر أبت الس فيلا المياسة بينهم وبين المسلمين علمة، فحر صبوا على تحويل المسلمين من مواطنين إلى رعايا مقلدين تابعين لا يرون إلا ما يرى ولاتهم، خاصعين لأفكار هم التي يحكمها فقط المعي النؤوب إلى السلطة وتولى الحكم وولاية الأمر في الدولة، وعدم السماح بالاعتراض على تصرفاتهم، ورفض كل مساملة وتحصين أعمالهم وقرار إتهم من احتمال التنازع معهم، فأفرغوا الإسلام من جو هر ه ومقاصده لينتقوا من تعاليمه ما يدعم موقفهم، حتى لو تطلب هذا الإنتقاء الانحر اف بالدلالة عن المقصد، و هو الأمر الذي تقوده بعض المذاهب التي تؤمن بولاية الفقيه أو بوجوب السمع والطاعة أو الدعوة إلى الدولة الدينية مما يقضى تماماً على مقتضيات مقاصد الشريعة التي من خلالها تتحقق الدولة المدنية كما أشرنا سلقا، وفيها يتم كبح جماح سلطة الدولة ومنعها من التغول على الحقوق والحريات لأفر اد المجتمع، وضمان مشار كتهم في مراقبة السلطة الحاكمة في مختلف مستوياتها ومحاسبتها على أدائها دون خشبة أو خوف، وبالتالي حماية المجتمع بضمان أمنه واستقراره وتقدمه، فإذا وقع الاختلاف بين طوائف المجتمع في تحديد ما يعد مصلحة أو مفسدة، أو في اختبار أمثل الطرق لدر ۽ لمفاسد و جلب المصالح، فإن من شأن إعمال العقل تحقيق التو افق بينها وتقليص التباين والتنافر وإعلاء المصلحة العامة التي قصدها الشارع لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم

ا عند حفظ النسل، وهو مقصد يتطلب تربية أطفال المسلمين وقتا لقواعد وأسس سليمة تحافظ عليهم، ولذلك يكون للمؤسسات الدينية والسياسية وظيفة تربوية مهمة ويتعين على الدعاة والقادة السياسيين أن يكونوا قنوة حمنة للنشء وأن يتحلوا بالخلق القويم، ولا شك في أن النهج الاستبدادي للسياسيين ورجال المدين سيعلم الأولاد المسخار المسكوت عن الظلم والطغيان، وعندما يتولون القيادة ظن نتوقع منهم سوى الديكتاتورية والتعميف والطغوت، أما إذا نشأوا

على مكارم الأخلاق وعلى مبادئ المساواة والشورى والديمقر الهية واحترام حقوق الإنسان، فسوف تنتشر هذه القيم والمبادئ في شتى المجالات فتنهض الأمة وتثبواً مكلة منامية برقيها وتحضرها.

٥- حفظ المال، بنبتنا التاريخ الفقهى الإسلامى بأن الحسّ كان منفعلا فى الماضى يقضايا محددة معظمها قضايا سياسية واجتماعية، بعضها فقد صلاحيته كموضوع الرق، ويعضها الأخر أفاض الفقهاء فى بحثه دون مبرر معقول كالمماثل المتعلقة بشئون المرأة، فلم يتطرق الفقه إلا قليلا المسائل الاقتصادية الأكثر حيوية كالتنمية وحرية الإستثمار وكفالة التملك والإغناء والإثمار وضوابط التبادل التجارى وطبيعة القوى التي أمرنا سبحانه وتعلى بإعدادها لمواجهة أعداء الإسلام وهل تقتصر على القوة العمكرية أم تتجاوزها إلى مظاهر أخرى القوة وعلى رأسها القوة الاقتصادية، ومن الملاحظ على سبيل المثال أن تحديد منظول الربا والتعامل مع الآيات التي تحرمه ودلالاتها لم يتم حسمها حتى اليوم رغم أهمية الاجتهاد في شأنها بحثاً عن حلول إبداعية تتوافق مع قضايا الاقتصاد والاستثمار والتنمية، وهو ما يفرضه هذا المقصد الحيوى فى حياة الشعوب فى الوقت الراهن.

وهكذا يتبين لنا أن مقاصد التشريع الإسلامي من شأنها تحقيق الدولة المدنية الديمقر اطية (⁽⁾، وتوفر الأساس الشرعي لكفالة حقوق الإنسان الطبيعية

⁽¹⁾ يتلاقى اللقة على أن الدولة المدنية تتحقق عندما ينخلر أفراد الشعب ولاة أمرة من الحكم واضعناء المسلطة التشريعية) عيث لا يسوغ أن يكون مصير الدولة وشبها في يد فرد ولحد، فالجميع بتمتعون على قدم المساراة بحق المواطنة ومباشرة المحقوق والحريات دون تمييز، كما أن جميع المسلطات والحكم وولاة الأمر يخضعون المراحمة والمساملة ، وعلى المكس من ذلك فإن الدولة الدينية هى الدولة التي يدعى القائمون عليها أن اختيار مع ويقاتهم في السلطة هو لختيار من الشاء أنهم يساران إرااتهم بالمراحمة والمساملة من مواحدة على مسجلة وتعالى، وبالتالى فإنهم لإينطقون عن الهوى، واكنهم مؤوضون عن الله وخلقاته في الأرض، ومن ثم لايرد لهم المرأو تصرف أو قرار، وعصيلة لا يعد خروجاً على الطاعة قصب، ولكنه يعقر خروجاً من الملة وتحديا لإرادة الله والعياد بالله، وهو ما لم يحروط على الإدعاء به أحداً من حكام المسلمين منذ انقطاع الوحى عن النبي محمد عليه المسلاة والسلاة والسلاة والسلاة والسلاة والسلاة والسلاة والسلاة والسلاة والسلاة والسلاة.

وحمايتها، مما يجعلنا نؤمن بوجوب التزام المشرع بالنزول على متنصيلتها عند سن تشريعاته، ولتكون هذه المقاصد صع مبادئ الشريعة الإسلامية المعين والمصدر الموضوعي الرئيسي للتشريع، بل ومصدرا رسميا للقانون باعتبارها من المبادئ القانونية العامة، إذا تحقق بشأتها شرطي قطعية الثبوت وقطعية الدلالة، على نحو ما سنوضحه في الفصل التالي.

القصل الثالث

أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية مصنر رسمي للقانون

لا شك أن قراءة نص المادة الثانية من الدمتور والتي نقضى في فقرتها الأخيرة بأن "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيمس التشريع"، يعطى للوهلة الأولى الانطباع بأن المشرع اعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً موضوعياً رئيمياً التشريع بأن والمصدر الموضوعي الرئيمي له، ويدل على ذلك أن المشرع الدمتورى اعتبر مبادئ الشريعة مصدراً التشريع وليس للقانون، فإذا كان التشريع ذاته هو أحد المصادر الرسمية للقانون، فإن دلالة النص المشار إليه تعنى إذن أن الشريعة الإسلامية مصدر موضوعي التشريع، وليست مصدراً رسمياً للقانون.

وهنا يثور التماؤل عن أوجه الاختلاف بين المصادر الموضوعية للتشريع والمصادر الرسمية للقانون والمميز الحقيقى بينهما، وهل يمكن للمصدر الموضوعي أن يكون مصدرا رسمياً أم لا؟.

فى الواقع من الملاحظ أن المصادر الموضوعية للتشريع من الجائز جدا أن تتحول إلى مصادر رسمية القانون، فالمصادر الموضوعية كحقائق كامنة فى ضمير الجماعة، من الممكن فى كثير من الأحوال أن تكون قابلة للتطبيق المباشر كقواعد قانونية عامة مجردة، وكل ما ينقصها أن يتوافر فيها عنصر الإلزام، وهو ما يتحقق إذا أخذ المشرع بهذه الحقائق وأتم صياغتها صياغة قانونية أو بالأحرى قام بتقنينها، ومن ثم حولها إلى قواعد تشريعية، كما أنها تتحقق كذلك إذا أقر القضاء باعتبارها من المبادئ العامة المقانون وكشف عن استقرارها فى ضمير الجماعة باعتبارها قواعد قانونية أساسية تعكس مقومات المجتمع العليا، أو على الأقل باعتبارها قواعد عرفية مازمة لمن تعارف عليها من أفراد أو سلطات فى المجتمع. و عليه فإن المصادر الموضوعية تتحول إلى مصادر رمسية إذا توافر لها عنصر الإلزام إما عن طريق المشرع (التشريع) من خلال عملية التقنين أو العرف (القواعد العرفية) أو القضاء (المبادئ العامة القانون)، ومن ثم فإنه إذا توافر عنصر الإلزام في بعض الأحكام أو القواعد التي تتدرج في مدلول المصادر الموضوعية، تعين الاعتراف لها بصفة المصدر الرسمي. وبالتالي نتناول بالدراسة فيما يلي مدى تمتع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية بالقوة الإلوامية مثل القواعد التقنين.

البحث الأول الترام السلطات العامة بأحكام ومهادئ الشريعة الإسلامية.

إذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية من المصادر الموضوعية باعتراف المشرع الدستورى، فهل هي مصادر رسمية كذلك وفقاً للدستور المصرى؟ وهل يمكن لبعض المبادئ أو القواعد أو الأحكام أن تكون مصدرا موضوعياً للتشريع ومصدرا رسمياً للقانون في نفس الوقت؟.

نبداً بالإجابة على السؤال الأخير فنشير إلى أن المشرع له حرية تقدير واسعة في اختيار المصادر الموضوعية التي يسئلهم منها ما يسنه من تشريعات وذلك كقاعدة عامة، ما لم يتدخل المشرع الدستورى ويقيد هذه الحرية بما يراه لازما من قيود تحقيقا للصالح العام، وهو ما قرره المشرع الدستورى في مصر في المادة الثانية المشار إليها.

واختيار المشرع للمصادر الموضوعية للتشريع لا يعنى أنه لا بستطيع الالتجاء للمصادر الرسمية للقانون - خلاف التشريع - فمن الثابت أن المشرع في كثير من الأحيان يستقى ما يسنه من تشريعات من القواعد العرفية السارية في المجتمع، وفي هذه الحالة فإن المشرع يرتقى بهذه القواعد العرفية ويحولها

إلى قواعد تشريعية، تتمتع بالتالى بقوة القانون فلا يجوز لعرف لاحق أن ينسخها وفقاً لمقتضيات مبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية.

وكذلك الحال بالنسبة المبادئ العامة القانون، فإن المشرع - بل من الواجب عليه - أن يستقى منها ويستلهم من أحكامها قو اعد التشريع، فإن فعل ذلك فلا تثور أدنى مشكلة بصند تدرج القواعد القانونية، حيث أن التشريع في هذه الحالة لم يخالف تلك المبادئ، أما إذا فعل حكس ذلك فإن ما يمنه من تشريعات مخالفة المبادئ العامة القانون تكون باطلة امخالفتها مبدأ المشرو عوة تقصيات تدرج القواعد القانونية، حيث تتمتع المبادئ العامة القانون وفقاً للراجح لدينا بقوة إلزامية أعلى من قوة القانون على نحو ما أشرنا إليه سلفاً.

المهم إذن أن استلهام المشرع لأحد المبادئ أو الأحكام لا يعنى أن هذا المبدأ أو الحكم إنما هو من المصادر الموضوعية فقط إذ أن ذلك لا ينفى – وإن لم يؤكد فى ذات الوقت – أن هذا المبدأ أو الحكم هو فى الأصل من المصادر الرسمية للقانون، إذ يلزم ليكون كذلك أن يتوافر بشأته من الأصل عنصر الإلزام.

وهنا نعود السوال الأساسي: هل يتوافر عنصر الإلزام في أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية؟. وهنا لا نتردد في الإجابة بنعم، وهو ما يودى بنا إلى الاعتراف لمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها القطعية على نعو ما سبق تحديده بقوة إلزامية ذاتية وفقاً للدستور في مصر

وقبل أن نبرر ذلك، نشير إلى أن المشرع الدستورى في مصر يعترف صراحة بصدد بعض الموضوعات، بأن الشريعة الإسلامية تعد مصدرا رسميا بل ويتمتع بقوة الزامية أعلى من القانون، إذا التصلت بهذه الموضوعات، وهو الأمر الذي يستفاد من نص المادة ١١ من دستور ١٩٧١ والتي تقضى بأن "تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع ومساواتها بالرجل في مبادين الحياة السياسية والاجتماعية والتقافية والاقتصادية، دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية"، بما يعنى أن الدولة بسلطتها الثلاثة لا تمتطيع أن تخرج على أحكام الشريعة الإسلامية القطعية في الموضوعات المشار اليها في هذا النص، وإلا كان عملها المخالف مواء كان تشريعاً أو عملا إدارياً أو حكماً قضائياً بإطلا لمخالفة الدستور بسبب الإخلال بلحكام الشريعة الإسلامية التي تتمتع في هذه الحالة بقوة إلزامية أعلى من القانون إذا اتصلت بتلك الموضوعات.

إذن فليس غريبا أن تكون أحكام الشريعة مصدرا رسميا للقانون، وفي ذات الوقت تكون المصدر الموضوعي الرئيسي للتشريع وفقاً لأحكام الدمتور.

ولا ريب في أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية يتوافر بشأنها خصائص القاعدة القانونية القابلة للتطبيق المباشر، فهي في جملتها أحكام محددة منصوص عليها في القرآن والسنة، وهي لا تحتمل التأويل أو التفميرات المتناقضة، بل ولا تحتاج إلى تفمير على الإطلاق، لأن الفاظها في غابة الوضوح لا يعتورها غموض أو إبهام (()، فنالبيتها العظمي وردت في آبات محكمات من القرآن، فتعد كما أوضحنا سلفاً من "أم الكتاب"، فإذا تم فهمها في صورتها الحقيقية البسيطة الميسرة، فإنها في واقع الأمر إنما تتمثل في مجموعة من الأوامر والنواهي الواردة في عبارات جلية واضحة في القرآن والمسنة الصحيحة، يسهل فهمهما والاهتداء بها والالتزام بتطبيقها، أما ذلك البنيان المائل من الاستنتاجات والاستدلالات والاستنباطات والتأويلات المختلفة بل المائلة من الاستنتاجات والاستدلالات والمدارس الفقهية المتنوعة منذ أكثر والمتاذة عام مضي، فهي جميعاً من ثمرات الاجتهاد الذي تأثر بالأحوال السائدة

⁽١) محمد أسد: المرجع السابق -ص ٣٥.

فى أزمنة تختلف كل الاختلاف عن زماننا الحالى، ومن ثم فإنها لا يمكن أن تتلاءم مع حلجات العصر ومتتضيلته (١).

أما مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية فهى ولئن تمتعت بصفة الإلزام تجه المشرع وفقا لنص المادة الثانية من الدمتور، إلا أن ذلك لا ينفى صفتها الإلزامية تجاه القاضى أيضا بوصفها من المبادئ العامة للقانون، فبالإضافة إلى ما سبق وذكرناه فى التمهيد لهذا الباب، من تأصل إيمان المعلمين وشعور هم الأكيد بأن المعلم إذا لم يتبع الشريعة الإسلامية، كان إدعاؤه الإسلام باطلا لا معنى له، إذ الإسلام لا يقبل أبدا أن يعلن الإنعان إيمانه بالله رب العالمين، ثم يخلف ما أمر به الله فى شأن تصريف أمور حياته، وهو ما يؤكد تماما توافر

⁽¹⁾ واذلك فإننا نؤيد باقتناع تام ما نادى به بعض فقهاء الشريعة وعلماء الدين من العودة بالشريعة الإسلامية إلى أصلها الطبيعى الخالى من كل إضافة، أي إلى نصوص القرآن والسندة وحدها، تلك النصوص القرآن لا يشويها خصوص، فهي الطريقة الوحيدة أمام المسلمين ليستردوا من جديد ذلك الفهم المستنير الفكرة الإسلامية، ويتخلصوا من هذا الجمود الثقافي و الاتحلاماء الفكرى اللذين أصباباهم، ويطرحوا جاتبا هذا الأسلوب الآلى في التفكير الديني الذي الصق بهم أبلغ الأذي وأقدح الكوارث، وأن يجطوا من الشريعة نظاما عيا فعال الدولة الإسلامية.

ولا يخفى على أحد فى هذا الصدد أن العودة بالفكر الإسلامي إلى ما كان عليه من الطلاق ومرونة، سوف يكون عملا شباقا مؤلما لكثيرين من أستنا، لأن ذلك العمل سيتطالب تنبيرا جنريا في كثير من أساليب التفكير التي أعتلا عليها المعلمون خلال عصور التاريخ، ويتطلب بنذ أو تغيير اكثير من العادات والأعراف الاجتماعية التي تضمير عليه "الجتماعية التي الكتبيت طابع "القدامة" على مر المدنين، ويتطلب أيضا التخلى عن الاعتقاد المداذي بأن كل صغيرة وكبيرة قد بت فيها نهائيا في هذا المولف أو ذلك من موافات اللقهام المتقدمين. في هذه الوسيلة الوحيدة التي سيصعد بها المسلمون في معارج الرقى والسير نحو أفتى جديدة مشرقة لم تطرق من قبل، ومستقبل العالم الإسلامي يتطلب منا المتقدمين نوعا من الحقوق المكتسبة اختصوا بها من ورن الذمن، وصوروا أنهيبهم المتقدمين نوعا من الحقوق المكتسبة اختصوا بها من ورن الذمن، وصوروا أنهيبهم المتقدمين نوعا من الحقوق المكتسبة اختصوا بها من ورن الذمن، وصوروا أنهيبهم المتقدمين نوعا من الحقوق المكتسبة اختصوا بها من ورن الأمن، وعموروا أنهيبهم المتقدمين المواجعة فيها على أنه فضيلة الإسلام ولا شئ غير وتيون به أن يسؤوا التقدم نحو العمل على رفعة الإسلام ولا شئ غير والإستريم.

راجع محمد أسد: المرجع السابق ــ ص ١٧٤: ١٨٩.

عنصر الإلزام لدى المسلمين كأفراد يعيشون في مجتمع ما، فإن عنصر الإلزام يتوافر كذلك بالنسبة المسلطات العامة في الدولة.

فمن الثابت أنه وقفا التمديل الذى أجرى على المادة الثانية من دستور ١٩٧١، حيث أصبحت "مبلائ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي التشريع"، فإن المشرع في مصر أصبح ملتزما باتباع أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما يسنه من تشريعات().

فالراضح أن وصف مبادئ الشريعة بالمصدر الرئيسي، هو تأكيد ... أو على الأقل اعتراف .. بأن هذه المبادئ قد غدت ملزمة للمشرع، بحيث لم يعد حرا في الأخذ عن مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم، ومن ثم يجب على التشريم أن يكون متقدًا مم مبادئ الشريعة الإسلامية، وإلا عد مخالفًا

⁽١) ومن الجدير بالإشارة أن بعض الدول ممن تنص دسائير ها على أن مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدر ونيسي لْلتشريع" وليس "المصدر الرنيسي للتشريم" قد رتب فيها المشرع صراحة هذا الأثر القانوني الخطير، ففي دولة الإمارات العربية المتحدة، تنص المادة السابعة من دستور ١٩٧١ الحالي بها على أن "الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه ..."، ورغم أن النص ـ في تقديرنا - وإن كان يحمل التوجيه إلى المشرع باستلهام أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه لا يمنعه - أي المشرع - من استحداث تشريعات من مصادر أخرى. ومع ذلك فإن المشرع في دولة الإمارات رأى أن النص يعنى الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم لم يتردد في النص في القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ في شأن المحكمة الاتحادية الطيا – والتي تمثل قمة القضاء هناك و تختص بممار سة و لابية الرقابة على دستورية القوانين -، على أن "تطبق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين الاتحاديبة وغير ها من القوانين المعمول بها في الامار ات الأعضاء في الاتحاد المتفقة مع الشريعة الإسلامية، كما تطبق ما لا يتعارض مع أحكام تلك الشريعة من قواعد العرف ومبلائ القانون الطبيعي والقانون المقارن"، ومن الجلي وفقاً لهذا النص أن المشرع يعترف بأن أحكام الشريعة الإسلامية هي مصدر رسمي للقانون، وهي مصدر مستقل القانون، وهي في تدرج القواعد القانونية تحتل مرتبة أسمى من القوانين الاتحادية والمحلية حيث بازم أن تكون "متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية"، ثم يلى القوانين قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعي والقانون المقارن بشرط "ألا تتعارض مع أحكام تلك الشريعة".

للدستور. وفى هذا الصدد لا مجال للظن بأن النص الدستورى قد ورد مورد الإرشاد والتوجيه، وأنه لم يقصد به الإلزام والوجوب، فهذا الظن ينفيه من جهة أن نصوص الدمتور بطبيعتها لا تحمل هذا المحمل إلا بقرينة، كما أن عبارة النص وسيقه من جهة أخرى يقطعان الطريق على مثل هذه المحاولة (1).

ومما لا سبيل إلى الريب فيه، أن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للمشرع سواء تمثل في السلطة التشريعية أم السلطة التنفيذية، فقد جرى العرف
فيما جرت عليه لغة رجال القانون – أن كلمة "التشريع" حين تذكر دون
وصف آخر إنما تعنى التشريع الصادر من المعلطة التشريعية، أي القوانين
المعلطة التنفيذية هي في مرتبة أدنى من مرتبة القانون في تدرج القواعد
القانونية، أو على الأكثر لها قوة القانون إذا صدرت إبان قيام حالة الضرورة،
فإنه بمقتضى تدرج القواعد القانونية ونتائجه، تلتزم السلطة اللانحية بأحكام
الشريعة الإسلامية التزامها بأحكام الدمتور والقوانين.

ووفقا لما تقدم اضطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن "ما نص عليه الدستور في مائته الثانية – بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ – من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي التشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعيل، فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها

⁽١) الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق- ص ٢٩.

⁽٢) الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: الشريعة الإسلامية ... معلف الذكر – ص ٢٢. وهو يرى أن نص المادة الثقية من الدستور، يعد بمثابة خطوة تمهيدية للنص مستقبلاً على أن تكون الشريعة مصدراً رئيسيا الدستور نزولا على مقتضيات بل ضرورات التسبق والانسجام بين التشريع الأساسى للدولة (وهو الدستور) والتشريعات العلاية (القوانين).

ممتنعا لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادنها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا ... وتنصب ولاية المحكمة الدمنورية الطياطى مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قاتونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدمنور تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادنها الكلية، إذ هى إطار ها العام وركائزها الأصلية التى تفرض تمتطلباتها دوما بما يحول دون اقرار أية قاعدة قاتونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهيا وإنكارا أما علم من الدين بالضرورة، ولا ينطبق ذلك على الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو دلالتها أو بهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لمواها ... على أن يكون الاجتهاد دوما ... كافلا صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والمقل والعرض والمال"(1).

ومن ناحية أخرى، فإن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ليس مفروضاً على القاضى أيضاً ("). فإذا كان القاضى يلتزم أصلاً فإزادة المشرع وهى إرادة بدورها ملزمة باتباع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادنها، فمن بلب أولى يكون القاضى كذلك. يؤكد ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية – فى تقديرنا – هى من المبادئ العامة للقانون فى مصر، ومن ثم فهى من مصلار القانون الملزمة للقاضى، خاصة وأن دور القاضى فى الكشف عنها أمر جلى، مما جعل القضاء مصدرا للقانون بما يقره من تلك المبادئ.

وقد أشارت المحكمة العليا إلى ذلك بطريق غير مباشر في حكمها الصادر أول مارس ١٩٧٥، حيث قضت بأنه ".... متى اقتضت موجبات النظام العام في البلاد والذي يستمد حدوده أساسا من الشريعة الإسلامية حظر المحافل

 ⁽١) حكمها في ٢٠٠٧/٧/١ القضية ٧٠ لمنة ٢٢ق. دستورية، المجموعة الجزء (١٢) المجلد الأول ص ٥٨٠.

 ⁽٢) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق - ص ٢٦٢.

البهائية ووقف نشاطها، فلا تثريب على هذا الحظر ولا تتلفر بينه وبين الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"()

وتعترف المحكمة العليا بما لمبادئ الشريعة الإصلامية من قوة الزامية تجاه المشرع حيث تقول أن "للشارع - بما له من سلطان - أن يجمع الناس على رأى واحد ... كى ينزل الجميع على حكمه ويلثم من يخالفه، لأن طاعة ولى الأمر واجبة فيما ليس فيه مخالفة للشرع ولا معسية ..." (").

بيد أن المحكمة الاستورية العليا في تحديدها لمدى التزام المشرع بلحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، قضت بأن "سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٧ مايو سنة ١٩٨٠، أصبحت مقيدة فيما تمنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات مسابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وبحيث لا تخرج – في الوقت ذاته – عن الضوابط والقيود التي تقرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية ... لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتمارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك فلا يتأتي انفاذ في حومة المخالر إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قيله، أي في وقت لم يكن

 ⁽١) حكمها في الدعوى رقم ٧ لسنة ٢ق عليا دستورية، المجموعة – القسم الأول --ص ٢٢٨.

 ⁽٢) حكمها في ١٩٧٦/٧/٢ في الدعوى ١٠ لمنة ٥ ق طيا تستورية، المجموعة ـ القسم الأول ـ ص ٤٣٢.

القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الأعمال، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا القيد، وهو مناط الرقابة الدمتورية" (١).

وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا قد اعترفت بأن تعديل المادة الثانية من الدستور لتكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي التشريع، من شأنه تحويل هذه الشريعة إلى مصدر رسمي ملزم المشرع اعتباراً من تغريخ التعديل، وهي – أي المحكمة – بالحرص على تأكيد التزام المشرع في الوقت ذاته بالضوابط والقيود التي تغرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية، تكون قد اعترفت لمبادئ الشريعة الإسلامية بقوة إلزامية تعلو القوانين وإن لم تصل إلى مرتبة الدستور، وهو ما يتفق مع ما نراه من اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة القانون، التي تحتل مرتبة تعلو القوانين في تدرج القواعد القانونية وإن لم تصل إلى فوة الدستور.

وتبريرا لقصر التزام المشرع فيما يقره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة على التشريعات الصلارة بعد تعديل نص المدادة الثانية من الدستور عام ١٩٨٠، قضت المحكمة الدستورية الطيا بأن الدستور اعتبر مبادئ الشريعة الإمسلامية "أصسلا يتعين أن ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه، ودون ما إخلال بالضوابط الأخرى التي فرضها الدستور على الملطة التشريعية وقيدها بعراعاتها والنزول عليها في ممارستها لاختصاصاتها الدستورية، ولما كان المقرر كذلك أن كل مصدر ثرد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقا في وجوده على هذه النصوص ذاتها، فإن مرجعية

⁽¹⁾ حكمها في ١٩٨٥/٥/٤ في الدعوى ٢٠ لسنة ١٥ نستورية و٧ لسنة ٩ ق عليا نستورية، الجريدة الرسمية العدد ٢٠ في ١٦ مايو ١٩٨٥ – ص ٩٩٧ و ١٩٩٨ و ودعم تكرر هذا القضاء في جميع أحكام المحكمة اللاحقة المتصلة بهذه المسألة، مما جعله قضاء مستقرا جرى عليه العمل.

مبادئ الشريعة الإسلامية التى أقلمها الدستور معباراً القياس في مجال الشرعية الدستورية، تقترض لزوماً أن تكون النصوص التشريعية المدعى إخلالها بمبادئ الشريعة الإسلامية – وتراقبها هذه المحكمة – صادرة بعد نشوء قيد المادة الثقية من الدستور التى تقلس على مقتضاه، بما مؤداه: أن الدستور قصد بإقرار هذا القيد أن يكون مداه من حيث الزمان منصرفاً إلى فئة من النصوص التشريعية دون سواها، هى تلك الصادرة بعد نقاذ التمديل الذى ادخله الدستور على مادته الثقية، بحيث إذا انطوى نص منها على حكم يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يكون قد وقع في حومة المخلقة الدستورية، ولما كان هذا القيد هو مناط الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين واللوانح، فإن التصوص التشريعية المسادرة قبل نفاذه تظل بعناً عن عن الخضوع المحكمة.

غير أننا نرى أنه كان يتعين نفاذ مبلائ الشريمة الإسلامية على القور باثر مباشر على كافة التشريعات السابقة واللاحقة على تعديل نص المادة الثانية، بمعنى أن يكون القضاء أن يحكم بعدم مشروعية أو دستورية القوانين التي تتعارض مع مبلائ الشريعة الإسلامية القطيعة باعتبارها قواعد قاتونية واجبة النفاذ والإعمال بذاتها فوراً، حتى ولو كانت هذه القوانين سابقة النفاذ والسريان على التحديل المشار إليه، وهو ما يؤدى إلى نسخ ما يتعارض منها مع تلك المدادئ

وفي ذلك فإننا لا نتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه، وما اعتنقه القضاء الإداري والنستوري في مصر، تأييداً لما جاء في الأعسال التحضيرية لمشروع تعيل المادة الثانية من النستور المشار إليها، من أنه لا يمكن إعسال

^{. (}١) حكمها في ٢٠٠٧/٧/١ للقضية ٢٦ لسنة ٢٧ق. دستورية، المجموعة الجزء (١٢) المجلد الأول ص ٥٧٢.

القيد الذى استحدثه المشرع إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة ().

وخلاصة هذا الاتجاه الذى نعارضه أنه يستند إلى حجج ثلاثة:

۱- أن المشرع الدستورى لو أراد اعتبار هذه التشريعات القائمة وقت التعديل باطلة أو ملغاة إذا كانت مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية لنص على ذلك صدراحة، لأن تفسيراً له مثل هذه الخطورة ينطوى على مثل هذه الهزة العنيفة لكيان وبنيان النظام التشريعى للبلاد، لا يكتفى فيه بمثل هذا النص تحيط بتفسيره ومدلوله - فيما يتعلق بالتشريعات السابقة - شائبة الغموض.

والواقع أن مسألة نفاذ القواعد القانونية والأثر المباشر لها وحل التعارض بينها، هي مسألة علمية لا تتوقف على إرادة المشرع، وليس له أن يتدخل بشأنها إلا استثناء، وإنما يختص بذلك علم القانون حيث يتولى الفقه والقضاء تحديدها على أسس علمية متفق عليها.

أما التخوف مما قد يحدث ذلك من هزة عنيفة لكيان وبنيان النظام التشريعي للبلاد، أو نتائج عملية على درجة كبيرة من الخطورة، أو كما اشارت المحكمة الإدارية العليا ... تضارب الأحكام واضطراب ميزان العدالة، فكل ذلك وهم لا يقوم عليه دليل، إن لم يكن قد ثبت عكسه حيث تعالت

وفي القنضاء الإدارى راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٢/٤/٣ مسالف الإدارية العليا في ١٩٨٢/٤/٣ مسالف الإشارة حيث قضت بأنه "إلى أن ينبثق النظام التشريعي الكامل (المستحد من أحكام الشريعة الإسلامية) ويستكمل قوته المازمة فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضير تظل نافذة، بحيث يتعين على المحاكم تطبيقها توصلاً للفصل في المناز عات التي ترفع الجها ...".

وفى القضاء الدستورى راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٤ مليو ١٩٨٥ سالف الإشارة.

الأصوات منذرة بالسوء والاضطراب نتيجة عدم إعمال ونفاذ الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية على الفور كاثر مباشر

ب- إن التضير الذى نطالب به يتعارض مع روح التشريع الإسلامى التى تتطلب التباع روح الاعتدال وسنة التدرج ومراعاة مبادئ المصلحة والضرورة ونفى الحرج.

وإننا انعجب لهذه الحجة، أليس من شأن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية على الفور، الأخذ بهذه المبادئ التي يشير إليها هذا الوجه من النقد، والعكس صحيح. ومن ناحية أخرى فإن الإستثناء من القواعد العامة في الظروف القهرية، هو أمر لا ينكره قانون في العالم، والقرآن الكريم نفسه يشير إلى المعديد من الأمثلة لذلك، ومنها استقر الفقهاء على مبادئ "المضرورات تبيح المحظورات"، "المشقة تجلب التيمير"، وغيرها من المبادئ التي تضمن التطبيق المعراء، الشريعة الغراء.

يضاف إلى ذلك أنه إذا تقاعس المشرع عن تنقيه التشريعات المابقة مما يشويها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإمسلامية، أداء لواجبه وتقديرا لمسئوليته، فإن السبيل الوحيد للوصول إلى بطلان التشريعات المخالفة لهذه المبادئ ميوكون القضاء، وهو طريق يتسم بطبيعته بالبطء ويضمن التروى والتدير وتقدير الأمور في الغاء التشريعات المخالفة لمبادئ الشريعة، بحيث لا يلغى منها إلا ما تبلغ في تعارضها مع أحكام الشريعة مبلغا يستحيل معه الجمع بينهما، وهو ما من شأنه تحقيق روح الاعتدال وسنة التدرج دون إخلال بروح الشريعة الإسلامية الممحاء.

ج- ترى المحكمة الإدارية العليا فى تأييدها لعدم نفاذ مبادئ الشريعة الإسلامية على التشريعات السابقة، أنه لو قيل بغير ذلك ... فإن من شأنه "المماس بأحد المبادئ الأصيلة و هو مبدأ الفصل بين السلطات"(١).

⁽١) راجع حكمها في ١٩٨٢/٤/٣ سالف الإشارة.

والحقيقة أننا لا نرى مبررا لإقحام مبدأ الفصل بين المنطات في هذا الصند، فما هي السلطة التي تشير إليها المحكمة في هذا الموضوع? الغالب أنها نقصد أنه لا يجوز المحلكم أو بالأحرى السلطة القضائية أن تمتنع عن تطبيق التشريعات السلطة القضائية أن تمتنع عن المسلمة. وهي - أي المحكمة - تعود إلى حجج قديمة مستهلكة، انتهى البحث فيها إلى عدم صحتها، وهي مسئلة مدى تأثر مبدأ الفصل بين السلطات بتقرير منذ زمن بعيد في مصر على أن ممارسة الرقابة على نستورية القوانين عن منذ زمن بعيد في مصر على أن ممارسة الرقابة على نستورية القوانين عن طريق القضاء ليس من شائله المساس بعبدأ الفصل بين الملطات، ومؤلفات طريق القضاء والمسئلة وإثباتها أو إثبات عكسها مضيعة الشان مما يجعل معاودة البحث في هذا المسألة وإثباتها أو إثبات عكسها مضيعة للجد والوقت لا طائل من ورانهما.

نخلص مما تقدم إلى اقده اعتباراً من تاريخ التعديل الدستورى المادة الثانية من الدستور الحالى في مصر، في مايو ١٩٨٠ عيث أصبحت هذه المدادة تقضى بأن "مبلائ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، فإن مبلائ الشريعة الغراء في أصحت مصدراً رسمياً القانون في مصر باعتبارها من المبلائ العامة القانون الكامنة والمستقرة في ضمير ووجدان المجتمع المصرى، وأنها بهذه الصفة تتمتع بقوة الزامية تعلو التشريع في تدرج القواعد القانونية، وإن لم تصل إلى مرتبة الدستور، مع مراعاة أن مبلائ الشريعة الإسلامية لها الأولوية على غيرها من المبلائ العامة للقانون وذلك وفقاً لنص المبلائ الثانية المشار النها.

ويترتب على ذلك أن كاقة التشريعات اللاحقة لا يجوز لها مخالفة هذه المبادئ وإلا كانت باطلة لمخالفتها المبادئ العامة للقانون بطريق مباشر، وللدستور بطريق غير مباشر. أما التشريعات المسابقة أو بالأحرى القانصة أو المعارية وقت تعديل الدستور فهى إما أن تكون متفقة تماماً مع أحكام الشريعة الإسلامية ومستمدة من مبادئها، وإما أن تكون مخالفة لهذه المبادئ صراحة، وإما أن تكون متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ولكنها غير مستمدة من مبادئها.

فبالنسبة للتشريعات المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية والمتفقة مع أحكامها مثل معظم قوانين الأحوال الشخصية، فلا شك في أنها تظل سارية ما لم يتجه المشرع إلى تعديلها في حدود مبادئ الشريعة الإسلامية لاعتبارات أخرى.

وفيما يتملق بالتشريعات المخالفة صراحة لمبادئ الشريعة الإسلامية، والتي لا يمكن الجمع بينهما في التطبيق وفقاً لقواعد التفمير، فهما لا ريب فيه عندنا أن هذه التشريعات تعد باطلة من تاريخ صريان التعديل الدستورى للمادة الثانية من الدستور المشار إليها، وهي عموماً قلة من التشريعات والنصوص المتناثرة والتي تخالف صراحة الأحكام القطعية في القرآن والسنة.

أما عن التشريعات التي ولنن كانت غير مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية إلا أنها ليست مخالفة لأحكامها، وهي الأغلبية الساحقة من التشريعات النافذة والسارية حاليا، فلا شك في استمرار سريانها وعدم جواز القول ببطلانها، إذ أن عدم استناد بعض التشريعات لأحكام الشريعة الإسلامية، واستنادها إلى مصادر أخرى غيرها لا يصلح في ذاته سببا لإبطالها، لأن مناط البطلان أو التعديل هو تعارض أحكام التشريعات النافذة مع مبادئ الشريعة، وليس مجرد انتمائها إلى مصدر آخر.

فالشريعة الإسلامية كما جاءت في القرآن والمنة الصحيحة لا تستطيع بطبيعتها المختصرة أن تقدم لنا كل ما نحتاج إليه من الإجراءات اللازمة لإدارة شنون المجتمع، فهي لا ترمى إلى تقديم أحكام مفصلة لكل ما يطرأ من أمور الحياة ومشاكلها، ولم يقصد منها في الأصل تأدية هذا الغرض، ولهذا فإن الإسلام يعطينا الحق في سن التشريعات فيما لم يرد فيه حكم صريح من الله ورسوله، وصدق الله العظيم إذ يقول "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا" المائدة: أو الذلك فإن حقنا في الاجتهاد المستقل على ضوء القرآن والمنة ليس مسموحا به فحسب، بل نحن منتدبون لأدانه في كل الأمور التي سكتت عنها الشريعة فلم تمن لها أية أحكام، إذ أن هذا السكوت دليل في حد ذاته على واجبنا في الاجتهاد عن طريق التحليل العقلى المستقل، ولكن على أن تراعى في التشريعات التي نضعها روح الإسلام وغاياته، وبالطبع عدم مخالفة نصوص الشريعات التي نضعها روح الإسلام وغاياته، وبالطبع عدم مخالفة نصوص الشريعات التي نضعها روح الإسلام وغاياته، وبالطبع عدم مخالفة نصوص ولا الشريعات الذي نضعها روح الإسلام وغاياته، وبالطبع عدم مخالفة نصوص ولا الشريعات إذ قضى الله ورموله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم" الأحزاب: أية

وفي هذا الصدد فإنه نرفض الاتجاه الذي يذهب إلى أن "كل ما يصدر من اعمال من قبل أية حكومة تقوم على أساس شرعة أخرى غير شرعة الله ولا وقانونه الذي جاء به الأنبياء من لدن رب الكون والهه باطل لا قيمة له ولا وزن"، بزعم أن الله سبحانه وتعالى "لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله، أو أن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله ... فمن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله وما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم الله ... و هو ضال لا يعرف الإيمان لقلبه سبيلا"،

فهذا الاتجاه يتأسس - فيما يبدو - على ما يراه جمهور الفقهاء من أن الشريعة الإسلامية على درجة من المرونة تجعلها كفيلة بتقرير حكم لكل واقعة تطرأ، فهي تتمع لكل جوانب الحياة، فلا تقتصر على كليات الحياة فحسب، بل يتناول جزنباتها أيضا، بحيث تغنى من يلجأ إليها عن تلمس الحكم فيما عداها.

⁽١) أبو الأعلى المودوري: المرجع السابق - ص ٢٤.

⁽٢) عبد القادر عودة: المرجع السآبق - ص ٥٦، ٥٧.

كما يستند هذا الاتجاه إلى قوله تعالى: "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولنك هم الكافرون" المائدة: ٤٤، "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولنك هم الفاسقون" الطالمون" المائدة: ٧٤، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولنك هم الفاسقون" المائدة: ٧٤، وكذلك قوله سبحانه وتعالى "وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضملالا مبينا" الأحزاب: ٣٦، وهو استناد غير سائغ فالعصيان هنا يفترض أولا أن يكون هذلك أمر الهي، أى حكم قطعى الثبوت والدلالة يعصاه المؤمن،

والواقع أن تفسير النصوص الأخرى المتعلقة بعدم جواز الحكم بغير ما انزل الله، فيه تجاوز كبير لمدلول هذه النصوص، فالواضيح الجلى فيها أنها كفترض أو لا أن الله سبحانه وتعالى قد أنزل حكمة في شأن من الشئون، أو قضى أمرا هو أو رسوله الكريم، ففي مثل هذه الأحوال لا يجوز الحكم في هذا الشأن بغير ما أنزل الله وما قضى فيه هو أو الرسول عليه المصلاة والمعلام. وهذا المعنى يختلف تماما عن القول بعدم جواز الحكم بغير ما أنزل الله (أو قضى به رسوله) في كافة شنون الحياة، فلو أراد الله عز وجل هذا المعنى لكان قوله على نحو أخر كما لو قيل "ومن حكم بغير ما أنزل الله ..."، كما أن النص القرآني بالطاعة الواجبة لأولى الأمر إلى جانب طاعة الله وطاعة الرسول سيكون لغواً – والحياذ بالله - وفقاً لهذا التفسير.

والشريعة الإسلامية كما سبق وأوضحنا مراراً لم يقصد منها على الإطلاق أن تتعرض لكل صغيرة وكبيرة من شنون الحياة ومشاكلها، فقد رسمت الشريعة حدود الدائرة التى تتطور فى رحابها حياة الأمة الإسلامية، ثم جاء الشارع فشق منهاجا (أى طريقاً مفتوحاً) فى داخل الدائرة يتبح لنا حرية سن القوانين الملائمة للزمن كيما نعالج به طوارئ الحياة التى سكتت عنها

نصوص القرآن والمنة عامدة (). فإذا فهمنا ذلك أدركنا عظمة الشريعة الإسلامية المريعة الإسلامية المستقل الإسلامية الغراء التي تترك لنا المجال الرحب كي نمارس فيه اجتهادنا المستقل لنبرهن من خلاله على حيوية الإسلام وتطوره المستمر وصلاحيته لكل زمان ومكان.

وفى هذا المجال فإننا نأمل من كل مسلم أن يؤد واجبه فى فهم الشريعة الإسلامية على وجهها المسحيح وتتفيذها على أكمل وجه، وما عليه وهو يؤدى واجبه مما يقوله أو يقعله الجاهلون، ما دام على بينة من دينه، وعلى يقين من أمر ربه، وصدق الله المطليم إذ يقول "ينا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم الإيسركم من ضل إذا اهتديتم" مورة المائدة: أية رقم ١٠٥٠

البحث الثاني

الالتزام بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

أشرنا من قبل إلى التقنين وأوضحنا أن الشريعة والقانون ظاهوتان متلازمتان غير متفارقتين، وبينا أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية والتشريع الذى تسنه السلطة التشريعية كلاهما يقبل التقنين كنظام بضبط علاقات الإفراد فيما بينهم أو بينهم وبين ولاة الأمر أى السلطات العامة فى الدولة.

وكما قلنا فإن التقنين معنيان وإن كانا متكاملان، فهو من ناحية وطلق على كل تشريع عام يتضمن جميع النصوص القانونية التي تنظم فرعا بلكمله من فروع القانون أو مسالة من المسائل القانونية الكبرى في مجال العلاقات الاجتماعية، بحيث يمكن العمل بها واتباعها دون أن يكون هناك اختلاف أو تعارض في الأحكام التي يتضمنها التقنين، ومن ناحية أخرى، يعتبر التقنين من أهم وسائل الصياغة القانونية التي تلجأ إليها الدولة لإلزام كل من في الدولة من مسلطات وأفراد بما في التقنين من احكام أو قواعد كمصدر و مسمى القانون،

⁽١) محمد أسد: المرجع السابق ــ ص ٢٩.

وذلك من خلال تجميع وتبويب وترتيب القواعد القاتونية الحاكمة لفرع من فروع القانون أو أحد موضوعاته بواسطة السلطة المختصة بالتقنين أو بإعداده، وفقاً لخطة معينة يتحقق عن طريقها التنسيق والتوفيق بين الأصول والفروع، ويزيل احتمال التعارض بين أحكام هذه القواعد القانونية المقنة، مما ييسر على القاضى أو الباحث أو الدارس أمر الرجوع إلى هذه الأحكام للتعرف عليها أو لتطبيقها أو الاتباعها.

وعلى ذلك فقد رأينا أنه لا يجوز على الإطلاق أن يوصف أى تجميع أو تدوين لقواعد أو نصوص قاتونية أو شرعية يقوم به أحد الفقهاء أو الهيئات العلمية بأنه تقنين، ولما كانت أحكام الشريعة الإسلامية على نحو ما سبق تحديدها تفيد معنى التشريع فإنها بذلك تكون قابلة للتقنين، بل ويتحتم تقنينها وإلا كانت قابلة للإعمال بذاتها، خلاقا للأحكام الفقيية الاجتهادية التى لا تقبل إلا تقبل الاحتوين وليس التقنين، لأن التقنين يؤدى حتما إلى قيد الإلزام بالحكم المقنن ومنع الجميع من مخالفته، ولا يمكن تقنين الممائل المختلف فيها بترجيح معنى أو دلالة على دلالة أخرى، ما لم ير ولى الأمر وفع الخلاف في هذه المسائل المغنون واجب الاتباع في النظية فيكون ما قنله هو الرأى الشرعي المرجح والقانون واجب الاتباع في الفالية هذه المسائلة بهدف القضاء على الخلف بين المجتهدين مما يؤدى في النهاية إلى التخفيف من غلواء الاختلاف الفقهي والتعصب المذهبي ومن ثم القضاء على الصراعات والفرقة بينهم.

ومن هنا فإننا ندعو إلى تقنين الشريعة الإسلامية وليس الفقه الإسلامي وليس في ذلك حط للشريعة أو إهدار لمكاتنها، ومحاولة إذكاء الفتنة بالقول باته لا يجوز للشريعة أن تكون رافدا من روافد القاتون، هي محاولة فاسدة من الأساس، فالشريعة هي جوهر ومضمون القاتون، والقاتون هو وسيلة واداة تطبيق الشريعة إلى جانب القضاء في العالم المعاصر. وإذا كانت الشريعة هي الماضي والحاضر والمستقبل، فهي الأولى بالتقنين وبذل الجهود لوضعها موضع التطبيق من خلال التشريع المازم، أما الفقه فهو الماضى إذا تم تقنينه، وهو تأكيد على قفل باب الاجتهاد وتعطيل لحكم الله وما أنزله على المصلمين من ضمر ورة أن يكون أمرهم شورى بينهم، إذ لن يكون لنا إلا التقليد بدلاً من الاجتهاد ولجترار أراء الفقهاء القدامى حتى ولو تباعدت عن الحياة المعاصوة وسيقتصر الاجتهاد على بسط فكرة أو تبعيط عبارة ومن ثم جمود فقهاء العصر.

صحيح أن فقهاء الإسلام قد خلفوا لنا تراثا عظيماً من الأحكام الشرعوة التي كانت أثراً لاجتهادهم وروعيت فيها مصالح الناس وعرفهم في الوقت الذي استبطت فيه، ولكن دعونا نسأل كيف نقنن هذه الآراء الفقهية الاجتهادية، هل نقيم التقنين على مذهب واحد كما فعلت الدولة العثمانية في مجلة الأحكام العدلية أم يتم التقنين على المختار من المذاهب كلها، ومن سيختار، وهل سيتم ذلك من بين مذاهب السنة فقط أم الشيعة فقط أم الأباضية وحدها، أليس من شأن ذلك المزيد من المتعب الفقهي بين البلدان الإسلامية؟.

فى تقديرنا أن الشريعة الإسلامية توحد الشعوب والدول الإسلامية حيث لا خلاف حول أحكامها، بينما الفقه الإسلامي يفرق بينها فهو مصدر للخلاف وربما التعصب، ولذلك فإن التمسك بالشريعة وليس الفقه هو طريق الإبقاء على جوهر الإسلام ومبادئه في المجال التشريعي.

وعليه فاننا نرى أن محل التقنين لا يجوز أبدا أن يكون للفقه الإسلامي وإنما الواجب علينا أن نعمل على تقنين الشريعة الإسلامية، ويعد ذلك سيكون طبيعيا على المشرع أن يستفيد – إذا أراد – من التراث العظيم من الأحكام الشرعية التي خلفها لنا الفقه الإسلامي، وفي كل الأحوال سواء أخذ المشرع باى منها أم لم ياخذ فإن ما يصدر عنه من تشريعات يمكن أن توصف بانها تشريع إسلامي مستمد إما من الشريعة الإسلامية بمصدريها الكتاب والمسنة أو من الفقه الإسلامي الذي يضم كذلك مصادر الاجتهاد بالرأي، وهي الإجماع والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب والعرف، ليستنبط منها ما يراه المشرع صدوابا ومناسبا لحال الناس وظروفهم دون أن يضاد نصا أو يخالف معلوماً من الدين بالضرورة.

إن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية دون الفقه الإسلامي سيودي إلى وجود قانون أعلى في كل دولة إسلامية يعلو على كافة القوانين الوضعية بما فيها الدستور، ولن يختلف هذا القانون الأعلى من دولة لأخرى، ولسنا في حاجة إلى تدخل سلطة لإقرارها، ولن تقدر دولة إسلامية على إنكاره أو رفض إعماله، ما دام بعيداً عن اجتهاد البشر، ولذلك ستكون الشريعة الإسلامية حاكمة بحق على حين أن الفقه محكوم، بكل ما يحكم عمل الفقهاء وسلوكهم في الجماعة، والطاعة الواجبة على المسلم إنما هي طاعة الشريعة وليس طاعة المعاملة، والناك كل ما عدا الشريعة الإسلامية للاجتهاد الفقهي الحر مع المعالمين ولا يعقل أن يخالف بشر حكم الله في إباحة الاجتهاد مهما كانت العلل المناك لأنها إهدار لما أنزل الله، فبالقطع تعنى الشورى الاجتهاد وتؤدى إليه حتما، فالشورى لا تعنى فقط الحاجة إلى أراء من يستشاروا ولكن تعنى كذلك أن يقوم هؤلاء بالاجتهاد في استخراج الوجه الأصلح للمسألة محل الشورى دون مفاخرة أو مناظرة أو تباهى بما حقق أسلافنا من نتائج، فالعبرة بما نملكه من ومنائل للتفكير والإبداع والاجتهاد حتى لا يضيع بذلك أجراً وعمرنا.

ووفقا لما تقدم فإن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية تعنى صياغة الأحكام القطعية دلالة وثبوتا في صورة قواعد عامة ومواد قانونية تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، بحيث بسهل الرجوع إليها في النواحي العملية والعلمية من خلال أبنية تشريعية ذات صيغ تتمم بالدقة والوضوح يتيمر الإدراك بها ليعلم كل فرد حقوقه وواجباته، وحتى لا يتهم بالخروج على الدين لمجرد عدم العلم بها وخاصة إذا كان الحكم من الأحكام المعلومة من الدين بالصرورة، لأن

عدم العلم بها لا يعنى إنكارها أو تكذيبها، وإنما هو مجرد جهل بها نتيجة. الانشغال النام بأمور الحياة.

ومن الغريب واللافت بشدة للانتباه، أننا لم نجد في در اسات معظم الفقهاء ودعاة الدين الإسلامي المعاصرين، بحثا يحدد على وجه النقة واليقين الأحكام القطعية في الشريعة الإسلامية، أو فقه خاص بهذا الموضوع يكون ممكلا لأبواب الفقه الأخرى التي قتلها المشتغلون بصناعة الاستنباط بحثا محملا لأبواب الفقه الأخرى التي قتلها المشتغلون بصناعة الاستنباط بحثا تشريعي متكامل لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أوردها الفقهاء للحتراز من الوقوع في المحظور فحسب، مما يدعونا إلى توجيه النداء للمؤسسات الدينية الإسلامية مثل الأزهر الشريف وهينة كبار الطماء فيه أو المجلس الأعلى للشنون الإسلامية أو غيرها للعمل بصورة عاجلة على جمع وتحديد هذه الأحكام القطعية توطئة لتقنينها بمعرفة الجهات المختصة.

أما عن تدوين الفقه – وليس تقنينه – فهو يعنى تدوين الرأى الراجح في أى مذهب بقصد الرجوع إليه لمن يشاء دون إلزام، ولما كانت المذاهب الفقهية وليس الفرق الإسلامية – تتمثل أساسا في المذاهب السنية الأربعة، وهي المنفق والمالكية والمشافعية والحنابلة، إلى جانب المذهب الجعفرى والمذهب الزيدى من مذاهب الشيعة والمذاهب الإباضى والمذهب الظاهرى، فالأمثل أن يتم تدوين أحكام كل مذهب منها على حده، فكلها اجتهادات بشرية، وليس هناك مذهب بعينه يمتلك حق الانفراد بالاجتهاد أو إدعاء الصواب فيه دون غيره، فكل المذاهب بجوز الرجوع إليها والأخذ منها، ولا محل عقلا أو منطقاً للوقوف عند أرجح الأقوال في مذهب محدد. ومع ذلك يرى اتجاه آخر أنه من المصرورى اعتبار مجموعة المذاهب الاجتهادية كمذهب واحد كبير، وكل مذهب فردى منها يعامل كالأراء والأقوال المختلفة في المذهب الفردى الواحد، مذهب فردى منها يعامل كالأراء والأقوال المختلفة في المذهب الفردى الواحد، مذهب فردى منها يعامل كالأراء والأقوال المختلفة في المذهب الفردى الواحد،

علماء الأمة لما يساير ظروف العصر من أحكامها فيختارونها التقنين في ميدان القضاء والفتيا، وهو ما يعنى في تقديرنا تجريد هذه الأحكام من الرداء الديني وتحوله إلى قانون وضعى، ومن ثم لا تكون هذه المذاهب مسوى مصدر موضوعى لهذا القانون، وهى ذات النتيجة التي يمكن التوصل إليها بعيدا عن فكرة التقنين

* * *

محصلة القول مما نقدم من قراءة متأنية المادة الثانية من الدستور أن أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ليست فقط مصدر أ موضو عيا للتشريع، وإنما باتت كذلك مصدر أرسميا للقانون وذلك على النحو التالي:

1- أحكام الشريعة الإسلامية المازمة هي فقط الأحكام القطعية في ثبوتها ودلالتها واستندادا إلى طبيعتها المازمة فإنها تعد مصدرا رسميا القانون، وهي في ذلك لا تحتاج إلى مرجعية اتحديدها أو لتفسيرها، فهي بطبيعتها قطعية الدلالة وقابلة للإعمال بذاتها، ولكن لأن هذه الأحكام هي صلب الأحكام المعلومة من الدين بالمسرورة، ونزولا على مقتضى الأية الكريمة الواضحة "أطيعوا الله وأطيعوا الرسول"، وهو أمر صريح للذين أمنوا، فإن واقع الأمر مع صعوبات الحياة المعاصرة يستلزم بالحاح أن يتم تجميع هذه الأحكام القطعية الإلهية في الكتاب والسنة وتقنينها وصياغتها صياغة قانونية بسيطة لضمان علم المكافة بها سواء من الأفراد أم السلطات، وليس للمشرع في تقديرنا أية حرية في تقدير صدرورة تقنين الشريعة الإسلامية وفقا لما تقدم، والخوف أن يتقاعس المشرع عمداً عن أداء واجبه في هذا، فهو حتى اليوم لم يعدل عديد من القوانين المسرع عمداً عن أداء واجبه في هذا، فهو حتى اليوم لم يعدل عديد من القوانين المسارية و المتعارضة مع أحكام الشريعة القطعية.

٢- العبادئ والمقاصد التى تحويها الشريعة الإسلامية وتمثل أصولا وكليات ثابتة وقطعية هى مصدر موضوعى ملزم للمشرع يلتزم بالتباعها والنزول على مقتضاها فى تشريعاته، إضافة إلى التزام القضاء بتطبيقها فى

المنازعات المطروحة أمامه باعتبارها من المبادئ العامة للقانون وخاصة فى حالة غياب النصوص التشريعية، ومن ثم تكون واجبة الاتباع كقواعد عدالة وليست قراعد سلوك مثل الأحكام القطعية، ومخالفتها توصم التشريع بعيب الانحراف بالملطة.

7- الأحكام الشرعية ظنية الثبوت والدلالة وكذلك الأحكام ظنية الثبوت ولو كانت قطعية الدلالة، تعد مصدراً موضوعيا غير ملزم لولاة الأمر في الدولة من الحكام أو السلطات العامة، سيما السلطنين التشريعية والقصائية، فهي محل لاجتهاد ولى الأمر ويجوز التنازع معه عندما يثور الشك حول مدى التزامه بالمبادئ والمقاصد الشرعية للتشريع الإسلامي، ولكنها تبقى أحكام استرشادية حيث لا اتفاق ولا إجماع بالتالى على ترجيح أى منها لحكم المسالة محل الاجتهاد، أي انها لم تكن مازمة أصلا لجانب أو أكثر من الفقهاء، ومن ثم لا يسوغ أن تكون مازمة للأفراد أو السلطات.

٤- الأحكام الشرعية قطعية الثبوت ظنية الدلالة هي في الأصل مصدر موضوعي غير ملزم، ولكنها في تقدير نا لها قدر من الإلزام، حيث يتعين التقيد بها وإعمالها على نحو ما يراه ولى الأمر بصدد دلالتها ولكن دون مخالفة هذه الدلالات والخروج عنها بلختيار دلالة أخرى ما لم تكن متوافقة تماما مع المبادئ والمقاصد التي يتعين التزامها في التشريع الإملامي، فإذا كان لجتهاد ولى الأمر في هذا الإطار تعين طاعته نزولا على أمره سبحانه وتعالى بطاعة أولى الأمر دون أن يخل نلك بإمكانية التنازع معه في اجتهاده، باعتبارها شريعة محتملة خلافا للأحكام القطعية ثبوتا ودلالة والتي تعد شريعة مؤكدة، وعليه لا يسوغ للمفتى أن يفتى بخلاف ما يأمر به ولاة الأمر وذلك في المسائل الاجتهادية المختلف فيها، لأن الحاكم أو القاضى وهم من ولاة الأمر كما قلنا، أمر بما ليس بمعصية ولا مخالف لشرع الله بيقين، ولذلك تكون طاعة الأمر في هذه الحالة واحية.

 من المنطقى بعد ذلك أن يتم النص فى الدستور، وليكن فى نهاية المادة الثانية منه، أنه "ويعتبر باطلا كل نص تشريعى يخالف أحكام الشريعة الإسلامية القطعية ثبوتا ودلالة، ولا يكون البطلان إلا بحكم قضائى بات ونهائى".

ومن شأن هذه الإضافة المقترحة أن تؤكد على أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية باتت مصدرا رسميا للقانون، وتبقى مبادئ هذه الشريعة ومقاصدها مصدرا موضوعيا للتشريع ومازمة للمشرع باتباعها إذا كانت بدورها قطعية، وبالتالي يحنف كل نص آخر يتعارض مع ما تقدم.

الباب الثالث

تتائج تدرج القواعد القانونية وضوانات تحقيقها

تعبد

انتهينا فيما تقدم إلى أن القواعد القانونية تتدرج فيما بينها من حيث قوتها الإلزامية إلى عدة مراتب يعلو بعضها البعض. وقد خلصنا مما سبق إلى تحديد هذه المراتب على النحو التالى:

- ١- في قمة التدرج تأتى القواعد الدستورية.
- ٢- تليها المبادئ العامة للقانون بما تشمله من مبادئ الشريعة الإسلامية والتى
 لها الأولوية فى التطبيق بين هذه المبادئ العامة.
- ٣- ثم القوانين أو القواعد التشريعية التي تمنها الملطة التشريعية ويلحق بها
 لوائح الضرورة التي تصدر عن السلطة التنفيذية.
- وبعدها اللوائح الإدارية، أى تلك التى تصدر عن السلطة التنفيذية فى
 الظروف العادية.
 - ٥- وأخيرا القواعد العرفية.

وإذا كان متتضى مبدأ المشروعية هو خضوع الأفراد والسلطات العامة في الدولة لحكم القانون، فإنه عن طريق تدرج القواعد القانونية يمكن ضمان خضوع السلطات العامة للقانون، وهي بدورها – أى تلك المسلطات – تضمن خضوع الأفراد لحكم القانون.

فتأسيسا على تدرج القواعد القانونية، نلتزم كل سلطة عامة تقر أو تنشئ أو تطبق القواعد القانونية، باحترام نتائج هذا التدرج, فالسلطة التشريعية عندما تمن القواعد التشريعية عليها الالتزام بالقواعد الدستورية والمبادئ العامة للقانون وعدم الخروج عليها، كذلك السلطة التنفيذية عندما تضم اللوائح، سواء فى الظروف العادية أم الظروف الاستثنائية، عليها احترام واتباع أحكام القواعد القانونية التى تعلوها سواء كانت قواعد دستورية، أم مبادئ عامـة للقانون، أم قواعد تشريعية (إذا كانت هذه اللوائح قد وضعت فى الظروف العادية) ..

أما السلطات القصائية فعليها عبء تطبيق هذه القواعد القانونية على ما يعرض عليها من مناز عات للفصل فيها، وهي في هذا الصدد مازمة بإعمال قواعد التفسير المقررة الإزالة أي تعارض بين هذه القواعد القانونية، وخاصمة قاعدة تغليب القواعد القانونية الأعلى مرتبة في تدرج هذه القواعد على القاعدة الادني مرتبة، بالإضافة إلى قاعدة أن اللاحق ينسخ السابق من القواعد القانونية ذات القوة الإذرامية المتماثلة.

غير أن المشرع غالباً ما وتدخل لضمان تحقيق نتائج تدرج القواعد القاونية المشار إليها، فنجده بصدد أعمال السلطة التشريعية ينظم طريقا للطعن في دستوريتها، وبالنسبة لأعمال السلطة التنفيذية يقرر طرق الطعن فيها نعدم مشروعيتها، وكذلك الحال بالنسبة للسلطة القضائية، إذ تخضع أعمالها وعلى الأخص الأحكام منها إلى الرقابة الداخلية وذلك نتيجة الأخذ بمبدأ تعدد درجات التقاضى، مما يتبح فرص الطعن في الأحكام والأعمال الأخرى الصادرة عن المحاكم المختلفة، ضمانا لمشروعيتها هي الأخرى.

وإذ تمثل مسألة الطعن في أعسال وأحكام المصاكم وتعدد درجات التقاضى في السلطة القضائية جانبا هاماً من دراسات قوانين الإجراءات المدنية والتجارية (المرافعات) والإجراءات الجنائية والإجراءات الإدارية، وحيث لا يتسع المقام للبحث والدراسة في هذا الجانب الذي يلزم دراسته بصورة كاملة وشاملة، لا يصح معها الاقتصار في البحث على ما يتصل منها بالإجراءات الإدارية، فإننا نكتفى في هذا الباب بدراسة نتائج تدرج القواعد القانونية فيما يتعلق بأعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية، وضمانات تحقيق هذه النتائج، فيذا أولا بالنتائج ثم الضمانات.

القصل الأول

نتائع تدرج القواعد القانونية

بينا أنه يترتب على تدرج القواعد القانونية التزام كل سلطة لدى قيامها بإنشاء القواعد أو التشريعات، بأحكام القواعد القانونية التي تعلوها مرتبة حتى يكون عملها مطابقاً لمبدأ المشروعية، بحيث إذا خرجت عليها تلك المسلطة وخالفتها فإنها تهدر بذلك القوة الإلزامية التي تتمتع بها القواعد الصادرة عنها.

وعليه فإن كل تصرف تجريه السلطة العامة وتخالف به قواعد الققون الأعلى الملزمة لها يقع باطلاً قاتوناً وغير نافذ شرعا، أى أنه لا يؤدى إلى ترتيب الأثار القاتونية المبتغاة من إصداره، وكأنه لم يصدر إطلاقاً.

ومعنى ذلك، أن القوانين التي تقرها السلطة التشريعية بالمخافة لأحكام الدستور تكون باطلة وليست لها أية قوة إلزامية لمخالفتها المشروعية ومن ثم يمكن للقضاء أن يحكم بعدم دستوريتها. كما أن اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بالخالفة لأحكام الدستور أو القوانين تكون باطلة كذلك لمخالفتها للمشروعية، وبالتالى يحق للقضاء الحكم بعدم شرعيتها أو عدم دستوريتها.

المحث الأول

عدم يستورية القوائين الخالفة للنستور

لا ربب أن إخضاع القوانين لأحكام الدمتور هو أمر ضرورى لتلكيد مبدأ المشروعية وتحقيق الدولة القلونية، ذلك لأن البرلمان وهو المختص بمن هذه القوانين، لا يملك في واقع الأمر السيادة الحقيقية في الدولة إذ أن الشعب أو الأمة هي صاحبة السيادة في الدولة، ومن ثم فليس في إخضاع القوانين للرقابة على دمتوريتها أي تعارض مع مبدأ سيادة الأمة، وذلك بضمان احترام إرادة الأمة المباشرة المتمثلة في الدمتور.

وتتأسس الرقابة على دستورية القوانين على مبدأ المشروعية أو سيادة القانون وخضوع الدولة له وفقاً لقاعدة تدرج القواعد القانونية وما ينطوى عليه من مبادئ وأهمها مبدأ سمو الدساتير (()، فالدستور هو الذي ينشئ السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية، فيحدد لكل منها الاختصاصات ويضع القيود وينظم الإجراءات التي تمارس بها تلك الاختصاصات، فإذا خالفت السلطة التشريعية الدستور أو خرجت عن حدود الاختصاصات التي رسمها لها أو تحللت من القيود التي وضعها، تكون قد جاوزت سلطتها، ومن ثم يبطل كل إجراء تتخذه في هذا الشأن ().

وإذا كانت بعض الدساتير تنص صراحة على بطلان القوانين المخالفة لأحكامه، فإن عدم النص فى الدستور على ذلك، لا يؤثر فى اعتبار هذه القوانين باطلة، فهذا البطلان نتيجة حتمية لمبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية، خاصة إذا كان الدستور القائم ينص على إجراءات خاصة لتعديله، أى كان من الدساتير الجامدة، أو كان هذا الدستور يقرر تنظيماً معيناً للرقابة على دستورية القوانين.

أما بالنسبة للدستور المرن أو الذي لم يقرر مثل هذا التنظيم، فقد يكون من الصعب التوصل إلى بطلان القوانين المخالفة للدساتير ما لم يعترف القضاء في هذه الحالة بحقه في الرقابة على دستورية القوانين استنادا إلى أن وظيفة القاضى هي تطبيق القانون بعدلوله الواسع، وأنه إذا تعارضت قاعدة اعلى مرتبة مع قاعدة أدنى منها، وجب عليه تطبيق القاعدة الإعلى درجة، ومن ثم

⁽١) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى: مبادئ الأنظمة السياسية ... سالف الإشارة ... ص ٩ ٢ ٢ و هو يرى بحق أن السمو الشكلي الدستور يستند إلى مبدأ تدرج النصوص. راجع كذلك حكم المحكمة الدستورية الطيا في ١٣/١/١٤ قضية ٢٠ لمسنة ٢٤ ق. دستورية (حكم بطلان تكه بن مجلس شعب ١٢٠/١/.

 ⁽۲) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد: مبدئ الانظمة السياسية سالف الإشارة ـ ص ۲۰۰
و ما بعدها، والأستاذ المدكتور ثروت بدوى: القانون الدستورى وتطور الإنظمة
الدستورية في مصر _ ۱۹۷۱ _ ص ۸۰

فان القاضى عندما يفحص دستورية قانون معين، فابنه بذلك لا يخرج من دائرة عمله، ولا يلغى القانون، وإنما يستبعد تطبيقه فى النزاع المطروح عليه ويطبق القانون الأعلى مرتبة أى الدستور وفقاً لقاعدة سمو الدساتير شكلاً وموضوعاً.

وعلاوة على ذلك فاته وققا لمبدأ فصل السلطات، فإن القاضى يتعين عليه فحص بستورية القوانين لأن القول بضرورة التزامه بتطبيق القانون الذى أقره البرلمان ولو كان مخالفا الدستور، معناه إخضاعه للسلطة التشريعية، بينما المسلطة القضائية – مثلها في ذلك مثل المسلطة التشريعية – تستمد حقها واختصاصاتها من الدستور، فإذا أخلت السلطة التشريعية بواجبها وتجاوزت اختصاصها وخالفت الدستور، فلا معنى لإجبار القضاء على متابعتها أو مصابرتها في هذه المخالفة ومشاركتها هذا الطريق.

والقاضى أن يستند فى إثبات سمو الدستور حتى ولو كان مرنا - إلى أن مصدر الدستور هو السلطة التأسيسية، فى حين أن مصدر القاتون هو سلطة مؤسسة تتمثل فى السلطة التشريعية، وإذ لا خلاف فى سمو السلطة الأولى على الثانية، فإنه يكون لأعمال السلطة التأسيسية أى الدستور مرتبة أعلى من أعمال السلطة التشيسية أى الدستور مرتبة أعلى من أعمال السلطة التشيسية أى القوانين وذلك فى تدرج القواعد القانونية.

وفى هذا الصدد يثور التساؤل عما إذا كانت هذه المرتبة الإلزامية الأسمى لقواعد الدستور أو النظام الأساسى تعود إلى السمو الموضوعى لأحكامه وقواعده أم إلى السمو الشكلى لها أم لهما معا، مما يدعونا إلى توضيح كل منهما فى هذا الشأن:

أولاً: السمو الموضوعي للدستور: يتحقق السمو الموضوعي للقواعد الدستورية باعتبارها أداة تأسيس الدولة في أهم عناصرها، سواء بصدد عنصر السيادة أو السلطة أو الحكومة أو بصدد عنصر الشعب وحقوقه وحرياته وهي موضوعات لا غنى عنها في البناء القانوني للدولة بغض النظر عن مصدرها أو شكلها أو الجهة التي أقرتها أو الإجراءات المتبعة لذلك، إذ العبرة بمضمون وغاية القواعد الدستورية.

فبالنسبة إلى النظام السياسي للدولة فإن قو أعد الدستور هي التي ترسي الأصبول التبي بقوم عليها نظام الحكم فيهاء فتنشئ وتحدد السلطات والهيئات الحاكمة في الدولة وتبين اختصاصها ووظائفها وتضع القيود والحدود الضابطة لتشاطها، و هو ما يوجب على تلك السلطات الالتزام بهذه القواعد الدستورية باعتبار ها العمود الفقري لأي نشاط قانوني لماء ومصيد صلاحياتماء والافقيت أساس وجودها وفقنت تنصر فاتها سندها النشرعيء ويبذلك تكبون القواعيد النستورية هي المصدر الأساسي لوجود ولشرعية أعمال السلطات العامة في الدولة، أيا كان نوع الدستور أو سماته(١) و بصدد عنصر الشعب في الدولة، فيان الدستور هو البذي بقرر الحقوق والحربيات العامية لأفر اده، ويرتب الضمانات اللازمة لكفائنها ولحمايتها، ويضع المقومات والعبادئ الأساسية التي يسير عليها المجتمع وتكون موجها لسياسة الدولة، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليال إن الدستور يتميز بطبيعة خاصة تضفى عليه صفة السيادة والسمو بحسباته كفيل الحريبات وموئلها وعماد الحياة الاستورية وأساس نظامها، فحق لقو اعده - بالقالي - أن تستوى على القمة من البنيان القانوني للدولة، وأن تتبوأ مقام الصدار مَ بين قو اعد النظام العام(٣)، اعتبار أ بأن أحكام الدستور هي أسمى القواعد الأمرة التي تلتزم الدولة بالخضوع لها في تشريعها وقضائها، وفي مجال مباشر تها لسلطتها التنفينية، وفي اطار هذا الالتزام بحب

 ⁽۱) للدكتورة عزيزة الشريف: دراسات في الرقابة على دستورية التشريع -- الكويت --۱۹۹۰ -- ص ۲۲.

 ⁽۲) حكمها في ۱۹۹۰/۰/۱۹ القضية ۳۷لسنة اق. دستورية، وفي ۱۹۹۳/۱/۷ القضية ۲۲ أسنة ۱۶ ق. دستورية، وفي ۱۹۹٤/۱۲/۱۷ قضية ۱۴ أسنة ۱۵ق. دستورية،

⁽٣) راجع فكرة النظام العام والقواعد الأمرة للقانون الدستورى: الدكتور عيد أحمد النظاول: فكرة النظام العام الدستورى واثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية ـ دار النهضة العربية ــ ٤٠٠٤ ــ ص ٤٠٠١.

أن تكون النصوص التشريعية موافقة لأحكام الدستور، مسواء لقواعده الموضوعية التى تعكس مضامينها القيم والمثل التى بلورتها الإرادة الشعبية ... وكذلك الأسس التى تنظم الجماعة وضوابط حركتها".

وتأسيما على ما تقدم فإن التصليم بالسمو الموضوعي للدستور يجعل الأصل في الدساتير أن تكون لها المرتبة الأعلى السامية في تدرج القواعد القانونية، فلا تستطيع أية سلطة عامة الخروج عليه، بزعم أنه من الدساتير المرنة مثلا، تأسيما على عدم النص في الدستور على إجراءات خاصة لتعديله ... وتفسير ممكوت المشرع الدستوري عن ذلك بأن اراداته قد انصرفت إلى جعله دستوريا مرنا، فهي إرادة غير صحيحة بالمرة لا صراحة ولا ضمنا ولا حتى افتراضا، لأنها تخالف الأصل في الدساتير وهو الجمود، استنادا إلى السمو الموضوعي للدستور الذي لا يختلف الفقه فيه، بمعنى أن جمود الدستور برتب كنتيجة قانونية على مموه الموضوعي وما لم ينص الدستور صراحة على جواز تعديله بواسطة الملطة التشريعية ووققاً لإجراءات من القوانين العادية، فإنه لا يجوز وصفه إلا بالجمود (أ).

ثانيا: السمو الشكلى للدمنور: يربط معظم الفقه الدستورى بين السمو الشكلى للدستور والذى يتعلق بطريقة وضعه وإقراره بإجراءات أو أشكال مختلفة عن إجراءات سن القوانين العادية، وجمود الدستور الذى لا يتعلق بطريقة وضعه ولا بموقعه فى تدرج القواعد القانونية والبناء القانوني للدولة، وإنما يتصل أساسا بطريقة تعديل هذا الدستور، إذ يعتبر الدستور جامداً عندما يقتضى لتعديله إجراءات وأشكال مغايرة أو أشد أو أصحب مما يتطلبه تعديل

⁽١) وخلاقا لذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن السمو الموضوعي للقواعد الدستورية لا يرتب بذاته أي نتائج محددة، وإن أنت في البلاد ذات الوعي والتي يكون فيها للرأي العام تأثير كبير إلى نتائج سياسية بالغة الأهمية والخطر راجع في ذلك، الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر – الطبعة الأولى – ١٩٩٧ – ص ١٢.

القوانين العاتية، ومن ثم لا يكون بوسع المشرع العادى تعديل أيـة قاعدة دمنورية أو الخروج عليها إلا من خلالها.

ومن غير شك فإنه يترتب على جمود الدستور نتيجة لازمة هى إن قواعد الدستور تكون أسمى وأعلى مرتبة من قواعد القوانين العادية، مما يوجب فرص الرقابة على هذه القوانين العادية لمضمان التزامها بالقيود الواردة فى الستور إلا أن هذه النتيجة يمكن ترتيبها أصلاً على مبدأ سمو الدستور شكلا وموضوعا بغض النظر عن جموده من حيث وجود إجراءات خاصة لتعديله أو وموضوعا بغض النظر عن جموده من حيث وجود إجراءات خاصة لتعديله أو رقابة على الدستورية أو تنظيم دستورى لهذه الرقابة أو النص على مبدأ سمو الدستور صراحة أو النص على أن تقوم السلطات العامة بمباشرة اختصاصاتها على النحو المبين في الدستور أو القسم على احترام الدستور والالتزام بأحكامه من جانب روساء وأعضاء السلطات الحاكمة قبل مباشرة مهامهم أو النص على عدم إمكان تعديل نصوص الدستور تعنى أن المشرع الدستورى قد اعتنق مبدأ سمو الدستور ومن ثم جموده ومع اقتراض عدم النص على إجراءات محددة لتحديله فإن مجرد السمو الشكلي للدستور يرتب نتائج قانونية بالغة الأهمية على مخالفة أحكامه على رأسها بطلان الأعمال القانونية غير الدستورية ".

ولذلك ليس صحيحاً ما يذهب إليه البعض من أن المسمو الشكلي يقتصر على المساتير
 الجامدة دون غير ها راجع في ذلك: الدكتور يحي الجمل: المرجع السابق – ص ١٠
 وص ١٠,

الدكتور منير عبد الحميد: أصول الرقابة القضائية على نستورية القوانين واللوائح -منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠١ - ص ٨ وما بعدها.

⁽۲) الدكتور طعيمه الجرف: القضاء الدستورى – ۱۹۹۲ – ص ۱۳۰ وما بعدها. الدكتور أمين عاطف صليها: المرجع السابق – ص ۱۰ وهو يرى أن الرابطة بين السعو الشكلي للاستور وجموده يقدل في أن السعو الشكلي يفرض إجراء تعديل دستورى عندما يراد المساس بالقاعدة المستورية، وهو ما لا يتحقق إلا مع الدسائير الجامدة التي تقرر إجراءات مميزة لتجديله.
وما لقنا المائل الطبعة الأولى – ۱۹۷۰ – من بعدها

ومن ناحية أخرى، يمكن للقاضى بالنسبة الدستور المرن، أن يقرر عدم جواز تعديل أو الغاء لحد نصوص هذا الدستور إلا بذات الإجراءات التي تم إقراره عن طريقها، وذلك وفقاً لقاعدة تقابل الأشكال والإجراءات، ومن المفترض في الدساتير الحديثة أنها من وضع الشعب عن طريق الاستفتاء أو الجمعية التأسيسية أو كلاهما، ومن ثم فإن الدستور المرن لا يجوز تعديله إلا عن طريق نفس السلطة وبذات الإجراءات التي أدت إلى إقراره.

ولا شك في أن سمو الدستور سيكون كلمة بلا معنى إذا كان من الممكن انتهاكه من جاتب السلطة التشريعية، وكان من غير الممكن إخضاع ما تصدره من قوانين للرقابة على دستوريتها، ومبدأ المشروعية ينطوى في الواقع على حقيقة هامة، وهي أنه لا توجد سلطة تحكمية في الدولة، فالسلطات العامة تحكم ولا تتحكم، وكل هيئة من الهيئات العامة تملك جانب من سلطة الدولة، لا تستطيع كقاعدة عامة أن تتصرف وتضع قاعدة قانونية إلا عندما تخولها ذلك قاعدة قانونية أعلى ولذلك فإن السلطة بطبيعتها مقيدة وليست مطلقة وإلا تحولت الحياط.

وتاكيدا لما تقدم تقول المحكمة الدستورية العليا "إن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الأمرة، وإهدار ما يخالفها من تشريعات ... بغية الحفاظ على مبلائه (أى الدستور) وصون أحكامه من الخروج عليها"(".

وقد سبق أن أكدت المحكمة الطيا حتمية الرقابة على دستورية القوانين بقولها "إن مبدأ الشرعية وسيادة القانون وهو المبدأ الذى يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده فى كافة أعمالها وتصرفاتها، هذا المبدأ لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ أخر يكمله ويعتبر ضروريا مثله، لأن الإخلال به بودى

⁽١) حكمها في ٤ مايو ١٩٨٥ سالف الإشارة.

بمبدأ المشروعية ويسلمه إلى العدم، ذلك هو مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من جهة وعلى مشروعية القرارات الإدارية من جهة أخرى، لأن هذه الرقابة القضائية هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية، فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك العدود، وغني عن البيان أن أي تضييق في تلك الرقابة ولو اقتصر هذا التضييق على دعوى الإلغاء، سوف يودى حتما إلى الحد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون، ولذا يتعين أن تقف ملطة المشرع إزاء حق التقاضى عند حد التنظيم فلا تجاوزه إلى الحظر أو الإهدار "(").

و عليه فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن "الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوانح، تجد أساسها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة له"").

وتأسيسا على ذلك يتعين على السلطة التشريعية الالتزام بأحكام الدستور نصا وروحا وأن تستهدف من أعمالها تحقيق غايات المجتمع وأهدافه المقيقية، وفي هذا الإطار، يجب أن تكون السلطة التشريعية خاضعة لرقابة خاصة ساهرة وإن كان من البديهي أن مثل هذه الرقابة لا قيمة لها إلا إذا نظمت على وجه الدقة والفعالية.

ولعل أهم القبود التي ينبغي على الملطة التشريعية وضعها نصب عينيها، هي ضرورة استخدام اختصاصاتها لتحقيق الأهداف المبتغاة من منحها تلك الاختصاصات، فالسلطة عندما تخول لعدد من الأشخاص لا تكون مقيدة فقط بالأساليد، ولكن أيضاً بالنسبة للأهداف التي ترمى إليها، وإذا كان الدستور

⁽١) حكمها في ١٩٧٦/٤/٣ دعوى رقم ١١ لسنة ٥ق عليا دستورية، المجموعة - القسم الأول - صر ٤٤٤.

⁽Y) حكمها في ١٩٩٣/٦/١٩ قضية ١٠ اسنة ١٤ق. دستورية.

يكتفى بأن يحدد للملطة التشريعية أساليب ممارسة اختصاصها، فإن القاعدة العامة أن نشاط كل سلطة عامة يلزم أن يستهدف الصالح العام، الذي يتحدد وفقًا لظروف المجتمع الذي تنشأ فيه هذه السلطة والمحيط الذي يواجهها.

إن كل تشريع يجب أن يترجم مطالب المجتمع حتى يمكنه أن يحقق الاستقرار والأمن الذي تستوجبه الحياة الاجتماعية وتبتغيه من القوانين، ومن ثم يلزم أن تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها التشريعية بروح المسئولية عن تنظيم المجتمع وتحقيق الصالح العام لأفراده

البحث الثانى بطلان الأعمال الإدارية غير الشروعة

يترتب على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية وخروجها على أحكام القانون بطلان عملها سواء كان عملا ماديا أو كان عملا قانونيا، فيؤدى بطلان العمل المادى إلى إنهائه وإزالة أشاره وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوعه أو على الأقل الإلتزام بالتعويض عن الأضرار التي ترتبت عليه، كما يزدى بطلان العمل القانوني والحكم بالغانه إلى زوال هذا العمل وما ترتب عليه باثر رجعي

ويتمسك فقه القانون العام بالتفرقة بين ثلاث درجات من البطلان^(١): د الانصام:

و هو جزاء تخلف ركن أساسى من أركان التصرف القاتوني الذى لا يتصور له وجود بدونه، بحيث يكون من شأن تخلف هذا الركن أن ينحدر به إلى حد العدم، فلا تلحقه الإجازة أو التصحيح كما لا يتقادم فضلاً عن حق كل صاحب مصلحة في عدم الإعتراف بالتصرف وعدم تنفيذه تلقائياً⁽¹⁾.

 ⁽١) يتجه فقه القانون الخاص حديثًا إلى الأخذ بتقسيم ثنائي يميز فيه بين البطلان المطلق ويشمل فكرة الإنعدام من ناحية، والبطلان النسبي من ناحية أخرى.

 ⁽٢) الدكتور مصطفى كمال وصفى - انعدام القرارات الإدارية - مجلة مجلس الدولة - السنة ٧ - ص ٢٦١، و هو يرى أن أركان القرار الإدارى هي: الإرادة والمصل والسبب.

والراجح فقها وقضناء أن الانعدام يتحقق أيضا بشأن القرارات الإدارية إذا أصابها عيب جميم وواضح، تخرج بسببه الإدارة بصفة نهائية عن نطاق وظيفتها المخصصة لها بحكم الدستور والقانون، ففى هذه الحالة يتجرد القرار من صفته الإدارية، ويخرج بالتالى من نطاق القانون الإدارى، أى أن يكون بعثابة التصرف المنعدم فى مفهوم أحكام هذا القانون (١)، ولذلك نطلق عليه اصطلاح "الانعدام الحكمى" فى مقابل "الانعدام الحقيقى" للصورة السابقة.

ويترتب على انعدام القرار الإداري ما يلي(١):

- القرار المنعدم يفقد صفته الإدارية لافتقاده مقومات القرار الإدارى ويتحول
 إلى مجرد عمل مادى شبيه بالأعمال الصادرة عن الأفراد ومن ثم يكون
 منعدم الأثر قانونا فلا يؤثر على المراكز القانونية للأفراد.
- لكل صحاحب مصلحة أن يتممك بالإنعدام دانماً، لأن القرار المعدوم لا
 يكون قابلاً للتنفيذ المباشر، فهو مجرد عقبة مادية في سبيل استعمال ذوى

⁽١) الاستاذ الدكتور طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية ص ٢١٨، وفي رأيه أن الإرادة فقط هي الركز الإساسي الذي يبؤدي تخلفه إلى انعدام القرار الإداري - أنظر رم ٢٤٨ وما بعدها. الدكتور طارق البوسعيدي: انعدام القرار الإداري وفقاً لأحكام القضاء الإداري - مجلة الحكور طارق البوسعيدي: انعدام القرار الإداري - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد ٤ لمنة ٣٦ - ديسمبر ٢٠٠٨ من ١٨٨ وما بعدها وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧١/١/١٨ قضية ٤٠ لمنة ١٨ ق، المجموعة المذة ٢٦ قرم ١٨ ومر ٢٠٤.

⁽٢) أنظر في ذلك أحكام المحكمة الإدارية الطيافي ١٩٥٦/١/١٤ قضية ٥٣، ٣٦ لسنة كن، المجموعة المسنة ١ص ٨٣٠، وفي ١٩٥٦/١/١١ قضية ١٩٥٨ اسنة كن، المجموعة المسنة ١ رقم ١٠ ص ١٩٠٥، وفي ١٩٥٦/١/١ قضية ١٩٦٨ لسنة ٥ق، المجموعة المسنة ٥٠ ص ١٣٠، وفي ١٩٦٥/١/٢١ قضية ١٩٥٨ المسنة ١٨٥٨ لسنة ١٨٥٨ إلى المجموعة المسنة ١٠ رقم ٢٤ ص ١٩٠٠، وفي ١٩٧١/١٢/١ قضية ١٨٥٨ المسنة ١١٥، المبارة المسنة ١٤٥٨ المسنة ١٩٥٨ المسنة ١٩٥٨ المسنة ١٤٥٨ المسنة ١٩٥٨ المسنة ١٩٨٨ المسنة ١

وأنظر كذلك لحكام محكمة القضاء الإدارى في ١٩٥٣/١٧/١ قضية ١٩٥٣/١٢/١ اسنة ٥ق، المجموعة السنة ٨ ص ٢٥٠) وفي ١٩٥٣/١٣/١ قضية ١٩٥٣/١٤ لسنة ٥ق، المجموعة السنة ٨ ص ٢٩٠، وفي ١٩٥٤/١٣/١ لسنة ٥ق، المجموعة السنة ٨ ص ٣٦٠، وفي ١٩٧٣/٢/١ قضية ١٦٥٩ لسنة ٤٣٥ ص ٣٦٠، وفي ١٩٧٣/٢/١ قضية ١٦٥٩ لسنة ٤٣٠.

- الشأن لمراكز هم القانونية المشروعة، ومن حقهم التخلص من هذه العقبة المادية بوسائلهم الخاصة وإلا لجأوا إلى القضاء لتقرير انعدامه
- ٦- لا يجوز تصحيح العمل المنعم بالإجازة أو التصنيق، ويجوز سحبه إداريا
 دون التقيد بالمواعيد المقررة للطعن بالالغاء.
- ٤- يعتبر تنفيذ هذا القرار عملاً من أعمال الغضب المادية، مما يودى إلى تعديل قواعد الاختصاص القضائي بنظر مشروعيتها، وإجراءات رفع دعوى الالغاء بشأنها، وإلى إقرار المسئولية الشخصية للموظف المختص بتنفيذه.
- انعدام القرار الإدارى من النظام العام، وللمحكمة إثارة الموضوع
 والتصدى له من تلقاء نفسها

ومن أمثلة القرارات الإدارية المنعدمة القرارات التي تمثل إحدى حالات اغتصاب السلطة، والقرارات التي تدمل اعتداع صبارخا على الحريات الغربية أو على الملكيات الخاصة على خلاف الإجراءات المقررة لذلك.

ـ التّمييرُ بين الانعدام الحقيقي والانعدام الحكمي:

ليس في أحكام القضاء معيار واضح ومنضيط يمكن أن تتحدد على أساسه أحوال عدم المشروعية الجسيمة التي تصل بالقرار إلى حد الإنعدام، إذ يخضع الأمر في كل حالة لتقدير القاضي لقاعدة المشروعية ونوع المصالح التي يعميها(1).

أما بالنسبة للفقه فقد تباينت آراء الفقهاء في هذا الصند، فمنهم من ذهب إلى أن كل قرار يتضمن اعتصاباً للسلطة بعد قرارا معدوماً، ومنهم من اعتمد على فكرة الرنظيفة الإدارية بمعنى أن القرار يكون منعدماً إذا خرج على تلك الوظيفة، واعتمد فريق ثالث على فكرة الظاهر، فالقرار الذي يكون الإخلال فيه

⁽١) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف ــ مبدأ المشروعية ص ٢٢٥.

بالقواعد القانونية من الوضوح أو الظهور بحيث لا يدل شكله أو مظهره على صدوره من الإدارة يكون قرارا معوما، وفضل آخرون تقرير الانعدام إذا افتقد القرار ركنا من أركان وجوده، وهناك من الفقهاء من اكتفى بسرد حالات الانعدام على سبيل المثال دون أن يضع معيارا محدداً لها (').

والرأى الراجح فقها وذهب إلى أن بطلان القرارات الإدارية لا يتصل باتعقاد القرار الإدارى، وإنما بمشروعية هذه القرارات، ومن ثم يجب أن يقوم التمييز بين البطلان والانعدام على مدى جمعامة مخالفة القاعدة القانونية، فإذا كان عدم المشروعية جميما، فإنه يؤدى إلى انعدام القرار الإدارى، أما إذا كانت مخالفة القواعد القانونية يسيرة، فإن القرار الإدارى يكون باطلا، وعليه فإن التمييز بين القرار المعدوم والقرار الباطل من الناحية القانونية هو في الواقع تمييز بين المخالفة الجميعة لمبدأ المشروعية والمخالفة البسيطة له(١).

وتعتبر المخالفة جمعهة إذا كان التصرف الإدارى بخرج على كل القواعد القانونية الموجودة بالدولة بما في ذلك القواعد الدستورية.

وتعتبر المخالفة يسيرة إذا لم تتجاوز الإدارة بتصرفها سوى بعض القواعد العلياء بمعنى القواعد العلياء بمعنى القواعد الدنيا بحيث يمكن أن يمتند التصرف إلى بعض القواعد العلياء بمعنى أن القرار الذي تصدره الإدارة – مخالفة به قاعدة من القواعد القانونية – لا يصير معدوماً قانونا إلا إذا لم يجد له سنداً من القانوذية العليا في الدولة.

⁽¹⁾ أنظر في تفاصيل هذه المعايير رسالة الأستاذ الدكتور رمزي طه الشاعر "تندرج البطائل في القرار ال الإدارية" – طبعة ١٩٦٨ – ص ٥٠٥ وما بعدها وص ١٩٩٨ وراجع كذلك الدكتور مصطفى كمال وصفى: مقاته سالة الذكر بمجلة مجلس الدولة المنة ٧٠ ص ٢٦٠ وكلك مقاته بمجلة المحاماة المنة ١٤ عدد ٥ ص ٣٠٠، والأستاذ الدكتور طعيمة الجرف: نظرية انعدام التصرفات القانونية وتطبيقها على القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية - المسنة ٣ ... عدد ١ – ١٦.

 ⁽۲) الأستاذ الدكتور رمزّى المساعر: المرجم السابق ص ۱۹۷ وما بعدها، وكذلك مقالته:
 بطلان القر ارات الإدارية – مجلة العلوم الإدارية – السنة ۱۰ – العدد الأول – ۱۹۲۸ – ص ۱۹۲ وما بعدها، وأيضا الأسئلة الدكتور عبد الفتاح حسن: انعدام القرار الإداري – مجلة العلوم الإدارية – المسئة ۲ – عدد ۲ – ۱۹۲۰ – ص ۱۷۱.

وتطبيقا لذلك يترتب الإنمدام بالنسبة للقرار الإدارى إما لانتفاء صفة عضو السلطة الإدارية عن مصدر القرار (اغتصاب السلطة) (1)، أو لمخالفة موضوع القرار للقواعد القانونية العليا في الدولة، أي القواعد الدستورية، مثل المساس بحقوق حظر الدستور المساس بها أو اتخاذ السلطة الإدارية لقرار في مسألة من اختصاص إحدى الملطات الأخرى في الدولة، أو اتخاذ إحدى الميلات لقرار في مسالة من اختصاص هيئة إدارية أخرى قرره الدستور لها.

وفى تقديرنا أن معيارى اعتصاب السلطة والوظيفة الإدارية هما فى الواقع محاولات التحديد حالات انعدام القرار، وليست معايير تمييز الانعدام عن بطلان القرارات الإدارية. أما معيار الظاهر فهو معيار غير منضبط إذ يرتكز على نظرة من وجه إليه القرار الإدارى، وهى نظرة شخصية تؤدى إلى المتحكم في تحديد درجة البطلان أو الانعدام في القرار الإدارى.

ويبدو لنا أن معيارى التمييز بين أركان انعقاد القرار الإدارى وشروط صحته، أو بالأحرى معيار تخلف الأركان، مع معيار التمييز بين المخالفة الجسيمة لمبدأ المشروعية والمخالفة البسيطة له، هما الأقرب إلى المنطق والمعقول.

وفي هذا الصدد فإننا لا نرى عيبا في الجمع بين المعيارين معا، فمعيار تخلف الأركان يتصل بالانعدام الحقيقي ولا يعيبه أنه جاء قياسا على النظام القانوني للعقد في القانون الخاص، إذ أنه إذا ثبتت صلاحية نظام ما في القانون الخاص عند تطبيقه على روابط القانون العام، فليس في الأخذ بهذا النظام أي مجال للنقد، فإذا كان للعقد في القانون الخاص أركانا لا يوجد بدونها، وشروط صححة إذا تخلفت أدى ذلك إلى جواز إيطاله دون إنكار وجودة، فإن للقرار الادارى - في تقديرنا - كتصرف قانوني أركان إذا تخلفت لم يوحد القرار أو

⁽١) أي اغتصاب الوظيفة الإدارية أو اغتصاب سلطة إصدار القرارات الإدارية.

انعدم القرار بلغة فقه القانون العام، أما شروط صحة أو بالأحرى مشرو عية القرار الإدارى فهي أمر مختلف إذ تتطق بقرار موجود وليس منعدم الوجود.

والأصل أن للإدارة إصدار القرار الإدارى للتعبير عن إرادتها على الوجه الذى تراه ملائما لذلك، غير أن المشرع دائماً ما يغرض على الإدارة بعض القيود عند ممارستها لملطة إصدار القرار الإدارى، هذه القيود هى التى تمثل شروط صحة القرار أو مشروعيته، وهى لا تتمثل بالنسبة لكافة القرارات الإدارية بصدد جميع عناصرها، وبالتالى فإن هذه الشروط تختلف من قرار لأخر على خلاف الأركان وذلك بحسب ما إذا كان المشرع قد فرض شرطا معيناً بصدد أحد عناصر القرار، أم أنه فضل أن يترك للإدارة سلطة تقدير بة في صدد هذا العنصر.

و عليه فإنه وقفاً لمعيار تخلف الأركان، يكون القرار الإدارى منعدما أى منعدم الوجود، ومن ناحية أخرى إذا بلغت مخالفة الشروط الموضوعية التى فرضها المشرع على عناصر القرار الإدارى درجة من الجسامة لا يكفى معها ترتيب البطلان على مثل هذا القرار وبالتالى يحق للقضاه إعدامه فيكون فى هذه الحالة معدوماً وليس منعدماً، وإن كانت الأثبار المترتبة على الإعدام والانعدام واحدة فى كلتا الصورتين.

تبقى إنن مشكلة التمييز بين أركان القرار الإدارى وشروط صحته، أو بالأدق العناصر التى يمكن للقانون أن يقيد الإدارة بشأتها. وهنا فإننا نرفض الإتجاه الذى ينكر هذا التمييز أصلا والذى يرى أن جميع "عناصر" القرار الإدارى ذات مرتبة واحدة، باعتبارها جميعاً من أركان انعقاد القرارات الإدارية (أ

E. DESGRANGES, Essai Sur La nation de voie de fait en droit adminstratif, Thèse, Poitiers, 1937, P. 98 et s.

كما أن انتقاد هذا المعيار بعدم اتفاقه مع قضاء مجلس الدولة المصرى بصدد تعريف القرار الإدارى، حيث لم يفرق فيه المجلس بين شروط انعقاد القرار الإدارى وشروط صحته (۱)، هو انتقاد يوجه إلى مسلك مجلس الدولة فى تعريف القرار الإدارى، ولميس لمعيار التمييز بين أركان الانعقاد وشروط الصحة

وترتيبا على ما تقدم فإننا نرى أن للقرارات الإدارية أركانا يلزم توافرها لانعقاده، تختلف عن العناصر التى تتكون منها هذه القرارات والتى يمكن للقانون أن يقيد الإدارة بصددها كلها أو بعضها، ومن ثم تمثل هذه القيود شروط صحتها أو مشروعيتها، فإن لم يتدخل القانون بشأن بعض هذه العناصر، كان للإدارة بشأتها سلطة تقديرية (٢).

فأما عن أركان وجود القرار الإدارى، فهى فى تقديرنا تتمثل فى ركن وحيد هو ركن الإرادة. أى إرادة السلطة الإدارية فى إحداث أثر قاتونى معين. ولذلك فإننا نرى أنه يمكن تعريف القرار الإدارى بالإشارة إلى هذا الركن فقط فيكون القرار الإدارى هو "تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية فى إحداث أثر قاتونى معين".

ويتضم من هذا التعريف أنه يشترط في الإرادة كركن لانعقاد القرار الإداري ووجوده الشروط التالية:

الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر: مقالته سالفة الإشارة - ص ١٦٣.

 ⁽۲) راجع في تفاصيل ذلك مؤلفا: القضاء الإدارى - الطبعة الثالثة - ۲۰۰۲ - ص
 ۲۱، وقضاء الملاءمة - الطبعة الثانية - ۲۰۱۰ - ص

⁽٣) من الفقهاء من يرى أن للقرار الإدارى أركان ثلاثة هي: الإرادة والمحل والسبب --راجع الدكتور مصطفى كمال وصفى: المقال سالغة الذكر -- ص ٢٦١ والاستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن: المقالة سالغة الذكر -- ص ١٨٥٠. في حين يتجه الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف بحق إلى أن الإرادة فقط هي الركن الأساسي في القرار الإداري -- راجم مؤلفه سالف الذكر: مبدأ المشروعية ... ص ٢١٨.

- أن يكون القرار تعبيرا عن الإرادة المنفردة للإدارة، وهو ما يؤدى
 إلى استبعاد "البعقود" من مجال القرارات الإدارية.
- ب- أن يكون القرار تعبيرا عن إرادة سلطة إدارية، مع ملاحظة أننا لا
 نقصد بتعبير "الملطة الإدارية" معناها العضوى فحمن، وإنما
 أيضًا معناها الموضوعي، ومن ثم تستبعد من داذرة القرارات
 الإدارية:
- تصرفات الأفراد العاديين الذين لا صلة لهم بالملطة الإدارية (۱).
- تصرفات المناطنين التشريعية والقضائية وغيرهما من الهينات الأخرى مثل الأحراب السياسية والتنظيمات المساسية الشعبية، والأشخاص المعنويسة الخاصسة، والهينسات الدبلوماسسية والمنظمات الدولية الأجنبية.
 - تصرفات ممثلي السلطة الإدارية بوصفهم أفرادا عاديين.
- تصرفات السلطة التنفيذية بصد ممارسة وظيفتها الحكومبة · .
- إن يكون القرار تعييراً عن الإرادة في إحداث أثر قانوني معين. وهو ما يؤدى إلى استبعاد كافة الأعمال المادية من نطاق القرارات الإدارية، مع مراعاة أن المقصود بهذا الشرط أن يكون من شأن القرار الإداري إحداث أثر قانوني معين، أيا كان هذا الأثر من حيث محتواه أو مضمونه، إذ أن مضمون أو محتوى الأثر القانوني للقرار الإداري يمثل عنصر المحل في القرار، ولا علاقة لركن الإرادة به.

⁽١) مع مراعاة نظرية الموظف الفعلى وأثارها في هذا الصدد.

^{(ُ}٢) وهمي الذي نطاق عليها "أعمال الدكومة" ويطلق عليها الفقه في مصر "أعمال السيادة" - راجع مؤلفنا: أصول القانون الإداري - طبعة ٢٠٠٤ - ص ٢٠٠٩.

أما عن عناصر القرار الإدارى التي قد يتدخل المشرع فيفرض في شأتها بعض الشروط الموضوعية، ومن ثم تؤدى مخالفة أحد هذه الشروط إلى عدم مشروعية القرار وقابليته للالفاء أو البطلان نتيجة العيب القانوني الذي شاب هذا العنصر الذي يتعلق به الشرط المشار إليه، فهي تتمثل في عناصر: الشكل والاختصاص والسبب والمحل والغاية.

فعنصر الشكل ويقصد به المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن ارادتها والإجراءات التي تتبع في إصداره، الأصل فيه تمتم الإدارة بحرية التقدير، ما لم يلزمها القانون بشكل محدد أو إجراءات معينة. وفي هذا الصدد لا يتصور انعدام القرار الإداري إلا إذا تمثلت المخالفة في إهدار إجراءات جوهرية تمثل ضماتات لا غنى عنها لحماية حقوق وحريات الأفراد. وعلى العكس فإن الشكل أو الإجراء غير الجوهرى أو المثنوي لا يؤدي إلى بطلان القرار ولا يؤثر على شروط صحته، كما استقر على ذلك القضاء الإداري في مصر.

و عنصر الاختصاص أى صلاحية موظف معين أو جهة إدارية محددة في اتخاذ قرار إداري معين تعبيرا عن إرادة الإدارة، يعد من النظام العام ولذلك فإن مخالفته تؤدى حتما إلى بطلان القرار الإدارى، وهنا يلزم أن نشير إلى أن الفقه والقضاء يخلطان كثيرا بين عنصر الاختصاص وركن الإرادة فيما يتصل بالعيوب التي تلحق بهما إذا تمثل العيب في اغتصاب سلطة عامة لاختصاصات السلطة الإدارية أو العكس، فيعتبران أن عيب الاختصاص إما أن يكون جميما (تعبيرا عن اغتصاب السلطة) أو بميطا (تعبيرا عن عيب الاختصاص أو بالأحرى عيب عدم الاختصاص بمعناه الفنى الدقيق).

والواقع أن عيب اغتصاب السلطة هو عيب يشوب ركن الإرادة في القرار الإداري، وذلك لأنه يعني تعبير أو إفصاح غير الملطة الإدارية عن ار ادة السلطة الإدارية، ومن ثم فإن هذا العيب يؤدى إلى انعدام القرار الإدارى لتخلف إر ادة السلطة الإدارية.

أما عيب عدم الاختصاص بمعناه الحقيقى فإنه يعنى أنه فى داخل الملطة الإدارية حيث تتوزع الاختصاصات بين موظفى الإدارة أو الجهات الإدارية المختلفة داخل الإدارة، ومن ثم إذا اعتدى موظف أو اعتدت جهة إدارية على اختصاص موظف أخر أو جهة إدارية أخرى، فإنه يلحق بالقرار الإدارى المتصل بهذا الاختصاص عيب عدم الاختصاص، وهو عيب لا يتصل بركن الإرادة لأن هذا القرار أيضا تعبير عن إرادة سلطة إدارية، ولكنه عيب يتصل بعنصر الاختصاص بوصفه من العناصر التي إذا شابها عيب فإنه يؤدى إلى قابلية هذا القرار للالغاه لعدم مشروعيته، وذلك لمخالفته القواعد القلونية التي تحدد وتوزع الاختصاصات أو صدلاحيات موظفى الملطة الإدارية في ممارسة الإعمال الإدارية.

وبالنسبة إلى عنصر المبب، ويقصد به مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف واتخاذ القرار التأديبي، ففي تقديرنا أن انعدام الاسباب أو استناد الإدارة إلى أسباب غير مشروعة، يؤدى إلى عدم مشروعية القرار وقابليته لملالغاء أو البطلان دون الانعدام.

أسا عن عنصر المحل والذي يتمثل كما أشرنا في مضمون الأثر القانوني للقرار، وهو أمر يختلف عن اشتراط أن يكون من شأن القرار إحداث أثر قانوني معين و هو أحد شروط الإرادة ركن القرار الإداري الوحيد، فإنه يشترط لمشروعيته – أى محل القرار الإداري – أن يكون جائزا وممكنا قانونا وإلا كان مخالفا للقانون. فإذا كانت هذه المخالفة جسيمة كما لو تمثلت في مخالفة للقواعد الدستورية أو لأحكام الشريعة الإسلامية القطعية، فإن ذلك يؤدي إلى انعرام القرار الإداري فيعتبر معدوما، أما إذا لم تصل المخالفة إلى حد الجمامة

كما لو اقتصرت على مخالفة قواعد تشريعية أو لانحية أو عرفية، فإن القرار يكون فقط قابلاً للالغاء أو البطلان^(١).

وأخيرا فإنه بالنمية لعنصر الهدف أو الغاية النهائية التى تسعى الإدارة إلى تحقيقها من اتخاذ القرار الإدارى، فإنه يمكن تطبيق نفس القاعدة بحيث تؤدى المخالفة الجميمة لهذا العنصر إلى انعدام القرار الإدارى في حين تؤدى المخالفة اليسيرة إلى بطلانه، مع مراعاة أن إثبات هذا العيب في حد ذاته أمر صعب للغاية (1).

٧_ البطلان الطلق:

وهو بلحق بالتصرف القانوني الذي تتوافر له أركان انعقاده ولكنه يصدر بالمخالفة للشروط الموضوعية التي يقررها القانون بصدد عناصر القرار الأخرى، على صدورة تجعل هذه المخالفة وإن لم تؤثر في وجود التصرف فإنها تكون ذات مساس بمشروعيته قانونا.

وتحتل صورة البطلان المطلق في القانون العام، مكان الصدارة من حيث تحققها والآثار التي تترتب عليه، وعلة ذلك أن القواعد المتعلقة بمشروعية أعمال الإدارة في القانون العام ترمي أساسا إلى حماية المصالح العامة المرتبطة بمبدأ المشروعية وسيادة القانون، وهو ما يجعل مخالفتها سببا في البطلان المطلق.

فالقرار الإدارى يكون غير مشروع ومحلاً للالفاء إذا أصابه عيب وقف عند التأثير على أحد الشروط القانونية المقررة لصحة أحد عناصره، وتأسيماً على ذلك فإنه إذا توافر ركن الإرادة في القرار الإدارى، ولكن اختلت أحد أو بعض شروط صحته وهي الشكل والإختصاص ومطابقة القانون في

 ⁽١) راجع في هذا الرأى الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر: مقالته سالفة الإشارة -- ص ١٧٠
 وما بعدها.

⁽٢) ومن ثم فإن إثبات جسامته أمر أشد صعوبة.

محل القرار ومنبه وابتغاء المصلحة العامة، كان القرار باطلا بطلانا مطلقا، بمعنى أن عيوب الشكل أو عدم الاختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف في استعمال السلطة، إنما هي مراجع للطعن بالبطلان في القرار الإداري.

من ناحية أخرى يضاف فى تقديرنا إلى عناصر القرار الإدارى الخمسة المشار إليها كمراجع للطعن ببطلان القرار، مسألة العلاقة بين العناصر الداخلية للقرار أى عناصر المسبب والمحل والغاية، وذلك إذا ارتبطت هذه العلاقة بالملطة التقديرية للإدارة باعتبار أن هذه الملطة هي أمر يتصل بتطبيق القواعد القانونية، وأن ممارمتها إنما تتم فى إطار القانون الذى يحكم النشاط الإدارى، فهى ليست سوى وسيلة لوضع هذا القانون موضع التنفيذ على أكمل وجه تبعا للظروف المختلفة، ومن ثم فهى سلطة قانونية لا يجوز للإدارة أن تتخذها وسيلة لمخالفة القانون وإهدار المشروعية، أو الخروج على الغاية التي استهدف الذى من شأته تحقيق المصلحة العامة المبتغاة من هذه السلطة، وعليه فإن عدم تحقق الملاممة نتيجة مباشرة السلطة، وعليه لتتك الملطة قد تمت على نحو غير سليم أو بالأحرى غير مشروع، وبالتالى تتكون الإدارة قد أخطأت فى تطبيق القانون، ومن ثم يشوب قرارها فى هذه العالمة العدم مشروع، وبالتالى الحالة العدم مشروع، وبالتالى الحالة العدم مشروع بينا القرار والخالة المدم مشروع بينا.

وفى تقديرنا أن تخلى المشرع عن تقييد الإدارة فى مسألة ما عمدا أو عجزاً لا يستتبع بالضرورة تخلى القضاء عن الرقابة على مشروعية قرار الإدارة بشأنها، وذلك بمطابقته لمجموعة من المبادئ القانونية العلمة التى يمكن أن تحكم العلاقة بين عناصر المبيب والمحل والهدف، وهى العلاقة التى تعد المجال الحقيقى لتحقيق الملاءمة فى القرار الإدارى، مثل مبدأ التناسب الذى بتصل بالعلاقة بين عنصرى السبب والمحل، وميذا المعقولية الذي يحكم العلاقة بين عنصري السبب والغاية، ومبدأ ضرورة الإجراء والتوازن بين المنافع والأضرار الذي يتعلق بالعلاقة بين عنصري المحل والغاية '')

وقد استقر القضاء الإدارى فى فرنما ومصر، على أنه بالنمبة للقرار الإدارى الذى شابه البطلان، فإنه – على خلاف القرار المنعدم – إذا مضى وقت معقول على إصداره ونفاذه دون أن يطعن فيه أصمحاب المصلحة أمام القضاء مطالبين بالغانه، ودون أن تلجا الإدارة إلى سحبه، فإن القرار يعتبر في ذاته سليما مرتبا لأثار القرار غير المشروع من لحظة صدوره، فيزول ما لحقه من عيوب ويكتسب حصانة بمضى المدة ولا يجوز المساس به سواء بالغانه أو سحبه.

وتحتير هذه الحصانة في جوهر الأمر استثناء حقيقيا على مهدا المشروعية وسيادة القانون، فالأصل وفقاً لمقتضى هذا المبدأ أن القرار البلطل الذي صدر مخالفاً للقانون لا يتمتع بتلك الحصانة مهما طبال عليه للوقت، ومن ثم يجوز الطعن بالغانه أمام القضاء دون التقيد بميعاد معين، كما بمكن للإدارة سحبه والرجوع فيه في كل وقت إعمالاً لسبادة القانون.

وصع ذلك فإنه نظرا لاعتبارات تتعلق بصرورة استقرار الحقوق والمراكز الشخصية التى تنشأ للأفراد من تلك القرارات المخالفة للقاتون، فقد استقر الأمر على تحصين القرارات الإدارية المشوبة بالبطلان بمرور مدة معينة، إذ يولد مرور هذه المدة ثقة مشروعة لدى الأفراد فيما يترتب عليه من مراكز، وينشئ للأفراد حقوقا مشروعة يجب حمايتها، ولذلك فإن مرور تلك المدة، وهي شهرين في فرنسا وستين يوما في مصر من تاريخ نشر القرار أو إعلانه، يكسب القرار الصفة المشروعة والحصانة ضد الالغاء والسحب، فيصلح بالتالي أساسا لإصدار كافة القرارات الأخرى التي يجب أن تترتب

 ⁽١) راجع في تفاصيل ذلك مؤلفنا: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - الطبعة الثالثة - ٢٠١٠.

عليه، فالقرار الباطل بترقية موظف ما، يعد أساسا صالحا الإصدار قرار منح هذا الموظف علاوة الترقية، وذلك إذا ما تحصن القرار الأول، كما يمكن أن يكون أساسا لترقية الموظف فيما بعد إلى الدرجة التالية.

٣_ البطلان النسبي:

هو جزاء يلحق التصرف القانوني الذي تصيبه بعض العبوب الخاصة بالأهلية أو الرضاء وهو بطبيعته لا يؤدي إلى بطلان التصرف تلقانيا ويقوة القانون، وإنما يبقى التصرف صحيحا منتجا لأثاره المقررة حتى يقضى عليه بالبطلان.

ويعتبر مجال البطلان النسبي في القانون العام محدود جدا حيث يوجد اتجاه بأنه لا مجال في القانون العام البطلان النسبي كجزاء على مخالفة الإدارة لمبنا المشرو عية ''.

ومع ذلك فإن البطلان النسبي يتحقق في القانون العام وخاصة في نطاق التصرفات الإتفاقية كالعقود الإدارية حين يصيبها أحد عيوب الرضاء كما يتحقق في نطاق القرارات الإدارية متى كانت القاعدة المدعى بمخالفتها قد تقررت لحماية مصلحة الإدارة أو المرفق العام ذاته، ففي هذه الحالة يكون التصرف معيباً وقابلاً للبطلان، ولكن البطلان هنا يتقرر لصالح الإدارة فلا يستطيع الأوراد الاستفادة منه (").

غير أنه يبقى صحيحاً أن مجالات البطلان النمبي وحالاته في القانون العام تعتبر أضيق كثيراً من حالات البطلان المطلق على خلاف الأمر في القانون الخاص

 ⁽۱) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر: المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها، ص ١٩٢ وما.

⁽٢) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية سالف الذكر ص ٢٠٩ - ٢٠٠.

ومن الناحية العملية، لا يوجد فرق في النتائج التي تترتب على كل من نوعى البطلان الذي يشوب القرار الإدارى، فيما عدا تحديد من له حق رفع دعوى الإلغاء، إذ لا يجوز في البطلان النسبى رفعها إلا من الجهة التي تقررت لمصلحتها القواعد المدعى بمخالفتها، وفي هذا الصدد فبإن من شأن شرط المصلحة في دعوى الإلغاء أن يتولى تحديد هذه الجهة.

الفصل الثانى ضائات تعقيق النتائج الارتبة على تدرج القواعد القائونية

تبين لنا مما سبق أن مقتضى مبدأ المشروعية، بطلان التصرفات الصلارة من أية سلطة عامة على خلاف ما تقضى به القواعد القانونية الأعلى الملزمة، وذلك استناذا إلى تدرج هذه القواحد وما يترتب عليه من نقانج.

بيد أن هذا البطلان الذي يلحق التصرف المخالف لمبدأ المشروعية، يحتاج عملاً إلى جملة ضمانات تكفل ترتيب النتائج التي ترتبط به والتي يكون من شاتها التوصل إلى إعفاء الأفراد ممن يوجه إليهم التصرف الباطل مما قد يعطهم به من التزامات أو ما قد يفرض عليهم من قيود على خلاف القانون.

والأصل في الدولة القانونية، أن الفرد لا يستطيع أن يقاوم تنفيذ أو امر السلطة العامة إذ يتعين عليه الخضوع لهذه الأوامر وتنفيذها وعدم اقتضاء حقوقه بنفسه، وإنما عليه أن يلجا إلى سلطة عامة تقرر له هذه الحقوق وتوفر السند الذي يمكنه به اقتضاء هذه الحقوق على وجه يعتد به شرعا، لذلك كانت أهم المضمانات القانونية المقررة لتحقيق مبدأ المشروعية تدور حول تنظيم الوسائل الشرعية التي يمكن للأفراد عن طريقها أن يطعنوا ضد أوامر السلطة العامة بقصد التخلص منها ومن أثارها وذلك أمام الهيئات العامة المتخصصة في نظر مثل هذه الطعون أو التظلمات.

ومن ناحية أخرى، فإنه ولنن كان من المتعذر فرض الجزاءات المباشرة عن طريق القوة الجبرية على السلطات العامة بهدف حماية القواعد القانونية من احتمال انتهاكها من جانب هذه السلطات، فلا أقل من تقرير بعض الضمانات التي تسمح بكفالة توقيع نوع من الجزاءات غير المباشرة عليها حتى يتحقق فعلا قيام الدولة القانونية على أساس المشروعية وسيادة القانون.

و هكذا تبلورت الصمانات الجوهرية لإقرار مبدأ المشروعية وتحقيق تدرج القواعد القانونية في تنظيم وسائل الرقابة السياسية والإدارية والقضائية على أعمال السلطات العامة وتطبيقاً لذلك فإن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين لضمان التزامها بأحكام الدستور، علاوة على تنظيم الرقابة على مشروعية اللوائح لضمان التزامها بأحكام الدستور والقوانين، يعد أقوى الضمانات التي تحقق تدرج القواعد القانونية وتؤكد قيام دولة المشروعية وسيادة القانون.

المبعث الأول تنظيم الرقابة على المستورية

إذا كان تدرج القواعد القانونية يقتضى سمو القواعد الدستورية على القواعد التشريعية واللائحية. فإن عدم الرقابة على دستورية القوانين واللوانح يخل هنما بهذا التدرج وما ينتع ذلك من انتياث لحقوق الأفراد وهرياتهم.

ومن هذا المنطق تحرص الدول المختلفة على تنظيم الرقابة على القوائية على القوائية على القوائين لحصمان اتفاقها مع الدستور، إلا أن هذه الرقابة تختلف من حيث الأسلوب من دولة لأخرى، ومع ذلك فمن الممكن التمييز بين أسلوبين رئيسيين لتنظيم هذه الرقابة وهما: رقابة الدستورية بواسطة هيئة سياسية، ورقابة الدستورية بواسطة القضاء، والتي قد تكون رقابة لا مركزية وتسمى في هذه الحالة رقابة الإلغاء (1).

 ⁽١) راجع في ذلك: الدكتور طارق البواسعيدي - تنظيم رقابة الدستورية في سلطنة عمان مجلة الحقوق - جامعة البحرين - المجلد الخامس - أكتوبر ٢٠٠٨ - ص ٢٩٥. وما
 بعدها.

المطلب الأول

الرقابة السياسية على النستورية

يفترض هذا الأسلوب وجود هيئة أنشأها الدستور وتكون مهمتها التحقق من مطابقة أعمال السلطات العامة وخاصة البرلمان لأحكام الدستور، وقد يبدو منطقيا أن يعهد إلى هيئة سياسية أمر حماية الدستور وكقالة مسموه وسيادته، على أساس أن رقابة القانون للتأكد من التزامه بأحكام الدستور وإن كانت مسألة قانونية في موضوعها، إلا أنها سياسية في أثارها، علاوة على أن هذه الرقابة إذا تمت بواسطة هيئة سياسية، فإنها ستكون في الغالب رقابة وقانية وسابقه على صدور القانون، وبالتالى تكون أكثر فعالية من غيرها من صدور الرقابة اللاحقة، إعمالا لمبدأ أن الوقاية خير من العلاج.

و عليه تعنى الرقابة السياسية على دستورية القوانين أن تتم هذه الرقابة لدى جهة أو هيئة سياسية من حيث التشكيل، حتى ولو اتسمت من حيث موضوعها أو طبيعتها بالصبغة القانونية وليست السياسية. والحقيقة أن الصبغة السياسية لجهة الرقابة في هذا الطريق يمكن ألا تكون مؤكدة، فمن المحتمل أن يتم تشكيلها من أفراد غير سياسيين، ومن غير القضاة أيضاً (١٠ وذلك بصفة

⁽¹⁾ ومثالا لذلك، أنشئ في جمهورية إيران الإسلامية في ١٩٨٠/٧/١٧ مجلس المخافظة على الدستور تطبيقاً للمواد ٧ و ٧٧ ومن ٩١ إلى ٩٩ من دستورها الصادر في ديسمبر ١٩٨٠ وذلك ليتولى ممارسة الرقابة على دستورية القوانين واللوانح، وكذلك الرقابة على تعافي أوافق القوانين مع مبادئ الشريعة الإسلامية أضلة إلى تفسير الدستور فوققاً للمادة ٩١ من الدستور يتم تشكيل هذا المجلس "بهدف حملية الأحكام الإسلامية والدستور من مخالفة مجلس الشورى الوطني لهما في كافة أعماله، ويتألف على النحو الثلا.

 ⁻ سَتَة أعضاء من الققهاء الحدول العارفين بمتنضيات العصر وقضايا الماعة يختار هم القائد (اي مرشد الثورة) أو مجلس القيادة.

لمنة أعضاه من الحقوقيين من مختلف حقول القانون بختار هم المجلس الأعلى
 للقضاه من بين الحقوقيين المسلمين ثم يعرضون على مجلس الشورى الوطنى
 للموافقة عليهم".

صنقلة سواء عن السلطة "السياسية" في الدولة ممثلة غالباً في البرلمان أو السلطة التشريعية وحدها، أو بمشاركة السلطة التنفيذية أو رئيس الدولة على الاقلم، دون مشاركة من أعضاء السلطة القضائية في الدولة.

واقتك قد يكون من الأوقى أن يطلق على طريق الرقابة السياسية على الدستورية، طريق الرقابة السياسية على الدستورية، طريق الرقابة غير القصائية، إذ لا تصبح التسمية الأولى إلا في حالة مباشرة الابرلمان و هو السلطة السياسية الرئيسية كما سيق وأشرنا للرقابة على الدستورية بنفسه، و هو طريق نبائر للغابية باعتبار ها رقابة ذاتية تتولاها السلطة المختصة أصلا بإصدار القواتين وهي الأعمال الرئيسية التي تخصيع للرقابة على دستوريقها، مما يجعل قراعد الدستور وسموها رهنا لإرادة وأهوا، أعصنات البرلمان، حيث تكون الكلمة الأخيرة الحاسمة حول دستورية العمل التساب المباس القيابي الذي باشر من واقرار هذا العمل بنفسه، ليجمع في عند الحالة بين صفتي القدسة والحكم، وهو أمر بجافي العدالة الحقة ويؤدي حتا الدر التعمق، الإستناد

[&]quot; والمائية ؛ من التستور "يجب أن تقوم كلفة القوانين والمقررات المدنية والجنانية والمنانية والجنانية والمنانية والجنانية والمائلية والاقتصادية والإثارية والقائلية والمائلية والاقتصادية والإثارية والقائلية المائلية والاقتصادية والمائلية والمائلية والمائلية والمائلية والمائلية والمائلية والمائلية المائلية المائلية المائلية المائلية المائلية المائلية والمائلية على الدستور بقولها المائلية والمائلية والمائلية المائلية ا

التكتور محمد جسال عثمان جبريل: الوقاية على دستورية القوانين في ايران ـدار النيضة ـ ٢٠٥٢

التكتور محد سليم العوا: النظام السياتس للدولة الإسلامية - دار الشروق - ١٩٨٩ - .. صر ١٩٨٠ وما بعدها

وتتأسس هذه الرقابة ذات الطابع السياسي على أن طبيعة عمل السلطة التشريعية أنها سياسية، مما يستلزم كذلك أن تكون الرقابة على هذا العمل من اختصاص هيئة سياسية لتراعى الاعتبارات السياسية في التشريع إلى جانب الاعتبارات القانونية. إضافة إلى التفسير الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات بأنه يعنى الفصل التام المطلق بينها، مما يحول دون تدخل ملطة في عمل أية ملطة أخرى. ولذلك تتسم هذه الرقابة بأنها أكثر اتساقا مع وظيفة المسلطة التشريعية، وبأنها رقابة وقائية سابقة، إذ لم تأخذ الدول التي أتبعت طريق الرقابة المسلسية بأسلوب الرقابة الملاحقة فيها، حيث أنها تهدف أساسا إلى منع صدور أي تشريع من المجلس التشريعي المختص يكون مخالفا لقواعد الدمتور وأحكامه، ومن ثم مناهميا هذه الرقابة على "مشروع" قانون لم يصدر بعد وليس له أبة قوة نفاذ ملزمة، وبائتالي فهي رقابة محررة لا ترتبط بقضية معينة ينظرها القضاء.

وينتقد معظم الفقه الدستورى الرقابة السياسية بأنها تشكل خطراً سيلسيا كبيراً لأن الهدف من تقرير الرقابة على دستورية القوانين هو وضع حد للنزوات السياسية والحياولة دون طغيان إحدى الهيئات السياسية على غيرها من الهيئات السياسية على غيرها من الهيئات إذا ما تركت وشأنها دون رقابة. ولا شك في أن وضع مهمة الرقابة في أيدى هيئة سياسية سيؤدى على عكس هذه الانتيجة المبتقاة لأن هذه الهيئة السياسية ليست بمنجاة من الخضوع للنزوات السياسية أو التأثر بالأطماع التي يمكن أن تخضع لها الهيئات السياسية الأخرى، وبذلك يكون وضع مهمة الرقابة في أيدى هيئة سياسية مؤدياً حتما إلى نقل مركز الثقل في النظام السياسي من البرلمان إلى تلك الهيئة السياسية، وتصبح هذه الأخيرة هي الهيئة المياسيسية من البرامان إلى تلك الهيئة السياسية، وتصبح هذه الأخيرة هي الهيئة الميابية إلى الكرابين جميع الهيئات السياسية في الدولة، سيما إذا تم تشكيل هذه الهيئة عن المريق الانتخاب الشعبي، وحتى لو تم تشكيلها بالتعيين، فميؤدى نلك إلى

خضوع الهينة للسلطة التي تولت تشكيلها مما ينفى عنها صفة الإستقلال أو الحيدة في مواجهة جميع السلطات المنشأة (1)

وبالرغم مما تقدم فقد أخذت بعض الدول بهذا الأسلوب ومن بينها فرنسا.

الرقابة السياسية على النستورية في فرنسا:

عرفت فرنسا عديد من التجارب التي تتعلق بالرقابة المدياسية على الدستورية، فقد أخذت بهذا الأسلوب من الرقابة في دمنتور السنة الثامنة لإعلان الجمهورية الصادر عام ۱۷۹۹ وفي دستور ۱۸۵۷ وفيهما تولى مجلس الشيوخ حماية الدستور من انتهاكات الجمعية العامة أو الوطنية، وفي دستور ۱۹۶۱ تم انشاء هيئة خاصة مستقلة سميت باللجنة الدستورية تتولى الرقابة على دستورية القوانين بعد إقرارها من البرلمان وقبل إصدارها وتكررت في دستور ۱۹۵۸ الحالى حيث ينص هذا الدستور على تشكيل هيئة سياسية للرقابة على دستورية الدائي تسمى بالمجلس الدستور على تشكيل هيئة سياسية للرقابة على دستورية القوانين تسمى بالمجلس الدستور على

ويتكون هذا المجلس وفقاً لنص المادة ٥٦ من الدستور من روساء الجمهورية السابقين كأعضاء بحكم القانون ولمدى الحياة، ومن تسعة أعضاء يقوم بتعيين ثلاثة آخرين رئيس الجمهورية ويتعيين ثلاثة آخرين رئيس الجمهوبة الوطنية، وبتعيين الثلاثة الباقين رئيس مجلس الشيوخ وذلك لمدة تمع سنوات غير قابلة للتجديد، ويعين رئيس الجمهورية رئيس هذا المجلس من بين أعضانه، ويكون للرئيس صوت مرجح عند تساوى الأصوات.

وقد أمند النستور إلى المجلس الدستورى اختصاصات متنوعة يعنينا منها في هذا الصدد اختصاصه بالتحقق من عدم مخالفة القوانين التي يقررها

 ⁽١) الأستاذ الدكتور سعد عصفور: السبادية الأساسية للقانون الدستورى والفظم السياسية –
 ١٩٨١ ــ ص ٥٦، ٥٧، الأستاذ الدكتور ثروت بدوى: الققون الدستورى – ص ٨١
 ٨٦ ــ ٨٨

البرلمان للدستور فأوجب أن تعرض عليه "القوانين الأسلسية" قبل إصدارها، واللوانح الداخلية للمجالس البرلماتية قبل تطبيقها لكي يقرر مدى موافقتها للدستور، كما أجاز لرئيس الجمهورية وللوزير الأول ولرئيس أى من مجلسي البرلمان، ولعدد ٢٠ عضوا من أى من مجلسي البرلمان المعارضة عن القوانين التي تم إقرارها من جانب البرلمان على المهلس الدستورى قبل إصدارها من جانب رئيس الجمهورية، وذلك لكي يقرر مدى موافقتها للدستور. ويتعين على المجلس ايداء رأيه خلال شهر من تاريخ العرض، والحكومة أن تطلب انقاص هذه المدة في حالة الاستعجال إلى ثمانية أيام، وتصدر قرارات المجلس مسببة وتعلن في الجريدة الرسمية.

غير أنه يلزم مراعاة أن انحياز المشرع الدستورى في دستور 190۸ الى أسلوب الرقابة السياسية ليس مؤداه حتما الأخذ بطريق الرقابة السياسية على دستورية المقوانين قبل إصدارها، فمن الثابت أن فكرة الرقابة اللاحقة لم تكن عائبة وقت إعداد هذا الدستور، إذ طرحت الفكرة ولكنها رفضت من لجنة الخبراء المكلفة بإعداد المشروع التمهيدي للدستور في ذلك الوقت، كما أن الفكرة تجدد طرحها بمناسبة تعديل الدستور في أعوام 1972 و 19۷٦ و 199 و 199 و 199 و 199 موسمات المجمهورية الخاصة بتحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة عام ٢٠٠٨، حيث تضمنت هذه التعديلات نحو ٢٧ مادة من مواد الدستور ومن بينها تلك الخاصة بالمجلس الدستورى، وفيها تم إسناد مهمة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واللوانح المتعلقة بالحقوق والحريات العامة إلى المجلس، وذلك وفقاً للقانون رقم ٢٧٤ بتاريخ ٢٣ يوليو والحريات العامة إلى المجلس، وذلك وفقاً للقانون رقم ٢٧٤ بتاريخ ٣٣ يوليو

 ⁽¹⁾ وقد أعطى هذا الحق لأعضاء مجلس الثنيوخ والجمعية الوطنية وفقاً لتعديل دستورى تم في ١٩٧٤/١٠/٢٩

المجلس الدستورى بين الرقابة السابقة على الدستورية كأصل عام والرقابة اللاجقة عليها على سبيل الاستثناء.

و عموماً يلاحظ على اختصاص المجلس الدستوري بفحص دستورية القوانين في فرنسا ما يلي:

- ا- تخضع جميع القوانين كقاعدة عامة للرقابة السابقة على دستوريتها، كما تخضع بعض هذه القوانين للرقابة اللاحقة إذا لم يسبق للمجلس الدستورى فحص دستوريتها وذلك إذا كانت تتصل بالحقوق والحريات العامة أو كان موضوعها مما يندرج في نطاق اللوائح المستقلة وفقاً للمادة ٣٧ من الدستور.
- ٢- لا يجوز للأفراد الالتجاء مباشرة إلى المجلس الدستورى بهدف تعريك وقابة الدستورية لحماية حقوقهم، حيث يقتصر هذا الحق على بعض سلطات الدولة على النحو السالف ذكره.
- ٢- تخضع القوانين الأساسية لرقابة الدستورية بصفة إلزامية، في حين أن الرقابة على القوانين العادية هو أمر جوازى، إذ يشترط لتحريكها أن يتم طلبها ممن لهم الحق في ذلك.
- ٤- لا يختص المجلس الدستورى إلا بفحص القوانين التى يسنها البرلمان، وعلى ذلك تخرج القوانين التى يقرها الشعب عن طريق الاستفتاء من ولاية هذا المجلس، وهو ما قرره المجلس الدستورى ذاته على أساس أنه يختص بنظر القوانين البرلمانية دون سواها، ولأنه جهاز رقابة على المسلطات العامة المنشأة، ولأنه لا يجوز أن يكون التعبير عن السيادة الوطنية محلاً للرقابة وقد انتقد المقدة هذا القد الرشدة (1).

C. C. 6 nov. 1962, D. 1963, 398, n. Hamon. BURDEAU, op. cit., p. 116 t p. 588.
 PREVOST, Le droit référendaire l'ordonnacement juridique de la Constitution de 1958. R. D. P. 1977, 38 – 48.

- علاوة على اختصاص المجلس الدستورى بفحص القوانين التى أقرها البرلمان قبل إصدارها، فإنه يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس فحص طبيعة بعض النصوص قبل التصويت عليها من جانب البرلمان، أى عندما تكون في مرحلة المناقشات البرلمانية، وذلك بهدف تحديد الصفة التشريعية أو اللانحية لهذه النصوص وفقاً للمواد ٢٤، ٣٧ من الدستور، التي حددت على سبيل الحصر المسائل التي لها الصفة التشريعية على نحو ما أشرنا إليه ملفاً(١).
- ٦- تعتبر قرارات المجلس الدستورى مازمة للملطات العامة ولجميع الهيئات الإدارية والقضائية، فلا تقبل الطعن فيها بأى وجه من أوجه الطعن، ومن ثم فإذا رأى المجلس الدستورى أن هناك أحكاماً مخالفة للدستور في القانون المعروض عليه فلا يجوز إصدار هذه الأحكام ضمن مواد القانون، فإذا كانت غير قابلة للانفصال عن باقى مواد القانون فلا يجوز إصدار القانون برمته.

نخلص مما تقدم إلى أن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا هي رقبة حقيقية فعالة إذ يترتب عليها بطلان القانون المخالف للدستور، ومن ثم عدم جواز إصداره أو تطبيقه، مما يمكن معه القول بأنه بالرغممن أن المجلس الدستورى هو هيئة سياسية في واقع الأمر بسبب أسلوب اختيار أعضائه، إلا أن الدستور الفرنسي يجعل منه قاضى مطابقة القوانين مع الدستور، أو بالأحرى قاضى دستورية القوانين (١٠) بسبب طبيعة اختصاصاته، وهو في هذا الصدد يمكنه فحص دستورية القوانين (ما قبل التصويت عليها وإقرارها من جانب اللرامان أو بعد إقرارها منه وقبل إصدارها من جانب رئيس الجمهورية، وإما

 ⁽۱) والمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر
 س ۱۵۰ وما بعدها.

⁽²⁾ BRACHET, La délimitation des domains respectif de la loi de règlement dans la constitution du 4 oct. 1958, these, Bordeaux, dact. 1965. p. 271.

بعد إقرارها وإصدارها وسرياتها فعلا إذا كان موضوعها مما بندرج في نطاق اللو انح المستقلة (١) أو كان متعلقاً بالحقوق و الحريات العامة (١).

اللطلك الثانى الرقابة القضائية على النستورية

بتجه الفقه الغالب إلى أن القاضي بوصفه حارساً للمشروعية بين

الأفراد، ينبغي أن يصبح أيضاً حارس هذه المشروعية في مواجهة سلطات الدو لة.

بؤيد ذلك أن الرقابة على بستورية القوانين لها طبيعة قانونية لا تنكر من حيث موضوعها ومن حيث المسائل التي تثير ها، ولذلك فمن المنطقي أن يعهد بالنظر في هذه المشاكل القاتونية إلى جهة قضائية، يكون فيما تقيمه من ضمانات الحيدة والاستقلال ما يجعل من هذه الرقابة ضمانة أكيدة لاحترام الدستور يضاف إلى نلك أن هذه الرقاية هي عمل فني من حيث موضوعها، تتطلب مو هلات فنية و كفاءة قانو نية خاصة في القائمين بيه لتحديد مدى مطابقة القوانين للاستور ، ولا ريب أن التكوين القانوني للقاضي بو هليه لمهمة الرقالية على دستورية القوانين، فضلاً عن أن الإجراءات القضائية بما فيها من علانية و ضمانات للمناقشة والدفاع والتزام القاضي بتسبيب الحكم، كل نلك بعتبر ضمانات كافية لحل عادل

وعلى ذلك فإن رقابة المحاكم لنستورية القوانين هي من طبيعة عمل القاضى الملتزم بتطبيق القوانين، استناداً إلى تدرج القواعد القانونية وما يترتب عليه من ضرورة التزام القاضي بتطبيق القاعدة الأعلى عند تعارضها مع قاعدة ادني

⁽١) للمزيد من التفاصيل تراجع رسالتنا للدكتور اه سالفة الذكر ص ١٥٠ ــ ١٥٧.

⁽٢) وذلك من منطلق أن الاعتداء أو انتهاك الحقوق والحريات لا يتحصر من رقابية الدستورية مهما مضي من زمن وحتى او كانت الاجراءات سليمة ومتبعة .

وتنتوع الرقابة القضائية للمستورية القوانين إلى أسلوبين رئيسيين، فهى إما أن تكون رقابة امتناع أو رقابة الغاء (⁽⁾.

الأسلوب الأول _ رقابة الامتفاع:

بمقتضى رقابة الامتناع يمكن للقاضى أن يهمل حكم القانون غير اللمستورى ويمتنع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه، ويبقى القانون مع ذلك سارياً ونافذاً حكمه في الأحوال الأخرى التي يتسنى فيها ذلك.

والغالب أن تختص كافة المحاكم بممارسة رقابة الامتناع نتيجة الدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه أثناء دعوى أصلية أمامها، وحيث أن مقتضى وظيفة القضاء وطبيعة عمل القاضى الالتزام بتطبيق جميع القواعد القانونية في البناء القانوني للدولة، فإذا ما وقع بين هذه القواعد أو بعضها تضارب أو تعارض لا يسمح بحال من الأحوال أن تطبق جميعها معا، تعين على القاضى أن يلجأ إلى تدرج القواعد القانونية لتطبيق القاعدة القانونية الأعلى من حيث القوة القانونية الأعلى من حيث القوة القانونية الأعلى من حيث القوة القانونية، أو بالأحرى المرتبة الإلزامية، وعليه فإنه عندما يقع القاضى تطبيق القاعدة المخالفة القاعدة الدستورية، وذلك التزاما بهذه الأخيرة، دون أن يحكم بإلغاء القاعدة التشريعية أو اللانحية ما لم ينص الدستور ذاته على بطلان القواعد التشريعية المخالفة لقواعده وأحكامه.

وعلى ذلك لا يشترط لمباشرة الرقابة على الدستورية بواسطة القضاء أن ينص الدستور عليها أو على تنظيمها، بل على العكس فإنه يلزم - في تقدير نا - لإتباع طريق الرقابة القضائية على الدستورية بالامتناع عن تطبيق القواعد التشريعية أو اللائحية غير الدستورية ألا يكون هناك تنظيما تشريعيا - وخاصة بواسطة المشرع الدستوري - لمسألة الرقابة على الدستورية شريطة

 ⁽١) في تفاصيل ذلك راجع الدكتور طارق البوسعيدى: تنظيم رقابة الدستورية ... سالف الإشارة -- ص ٣١٣ وما بعدها.

أن يكون هذا التنظيم نافذاً ومعمولاً به ومرتباً للنتلنج والأثار الناجمة عن تقرير عدم دمنورية الأعمال القانونية المخالفة للدمنور.

والغالب ألا يتدخل المشرع الدستورى فى هذا الصدد إلا بغرض تركيز الرقابة على الدستورية بين يدى جهة سياسية أو قضائية ولحدة، تختص دون غيرها بمباشرة هذه الرقابة، وهو الأسلوب الذى يطلق عليه الفقه الدستورى أسلوب مركزية الرقابة القضائية على الدستورية، وذلك بالمقابلة مع أسلوب لا مركزية الرقابة وهو أسلوب قضائي بطبيعة الحال ويعتمد على جعل مهمة الرقابة على الدستورية من شأن جميع المحاكم القضائية دون تحديد من خلال حل مشكلة التعارض بين القواعد القاتونية وفقا لتترج القوة الإزامية لها واستناذاً إلى مبدأ سمو الدستور وجموده على النحو السالف شرحه بما مؤداه تقرير الحق للمحاكم فى الامتناع عن على النحو السالف شرحه بما مؤداه تقرير الحق للمحاكم فى الامتناع عن تطبيق أى تشريع ترى أنه مخالف للدستور أو للنظام الأساسي للدولة

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية موطن الرقابة القضائية اللامركزية على النستورية لعدم وجود أي نص ينظم الرقابة على النستورية فيها، مما يمكن معه تفسير صمت النستور عن تنظيم طريق محدد للرقابة على الاستورية بأبة إقرار لجميع المحاكم القضائية بالحق في الرقابة على دستورية الأعمال القانونية التي يتعين تطبيقها، ومن ثم الامتتاع عن هذا التطبيق إذا ثبت لديها الدستور الأمريكي يمنع صراحة أو ضمنا مباشرة هذه الرقابة، بل العكس هو الدستور والتي تقضى بأن "هذا المستور وقوانين الولايات المعادمة من الستور والتي تقضى بأن "هذا العمتور وقوانين الولايات المعادرة وفقا له وكل المعاددات المعقودة أو التي ستعد في ظل سلطة الولايات المتحدة متكون هي القانون الأساسي للبلاد، ويلزم القضاة في كل أنحاء البلاد بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دمئور (لا لاينها".

المعاملات بصند القانون الواجب التطبيق عليها، وعدم المعاواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، حيث تتضارب أحكام المحاكم تجاه بستورية أو عدم نمتورية قانون محدد، ونلك نتيجة حصر الأثار القانونية المترتبة على مباشرة هذه الرقابة في "امتناع" المحكمة المختصة بنظر المنازعة، عن تطبيق النص أو القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة لما ارتأته من عدم دمتوريته، ونلك دون الغانه أو المسلس بقوة نفاذه أو مدرياته، وبالتالي يظل فائما قابلا للتطبيق في دعاوى أخرى، ومنتجا لجميع آثار نفاذه وسرياته.

يضاف إلى ذلك أن مسألة الرقابة على الدستورية على قدر كبير من الخطورة، مما يصعب معه تركها لاجتهاد كافة المحلكم، وما قد يترتب على ذلك من تعارض الآراء في تفسير النصوص الدستورية والقانونية، الأمر الذي يستوجب تركيز الرقابة على الدستورية بين يدى جهة قضائية واحدة، بيدها منفردة زمام إعمالها، حتى يتسنى لها إقامة الوحدة العضوية لأحكام الدستور وقواعده، وفقا لما تصوغه من معلير ومناهج تهدف إلى التوازن بين المصالح والاعتبارات المثارة على اختلافها، وتحول دون تفرق وجهات النظر من حولها أو تباين مناحى الاجتهاد فيها(⁷⁾.

لذلك تتجه معظم الدول الحديثة إلى اعتناق أسلوب مركزية الرقابة على الدستورية، خاصة وأنه الأسلوب الوحيد الذى يمكن أن يفضى إلى جعل رقابة الدستورية بواسطة القضاء، رقابة بطلان أو إلغاء وليست مجرد رقابة امتناع،

⁽¹⁾ ولا يعنى ذلك عدم نجاح رقابة الامتداع بصورة مطلقة، إذ يختلف الأمر باختلاف اننظم القانونية والقدائية والظروف القانونية الخاصة بكل دولة، وعلى سبيل المثال فإن هذا الرقابة الاقت نجاحاً لا ينكر في الولايات المتحدة الأمريكية بسبب اعتناقها نظام السوابق القضائية مدين تتقيد المحاكم الأنى درجة بلحكام المحكمة العليا – راجع في نلك: الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجح السابق – س 157.

 ⁽٢) المحكمة الأستورية العليافي ٧/١١٧/ ١٩٩١ قضية ٣٩ لمنة ٩٥. دستورية، وفي ١٩٩٣/٢/١ قضية ٧٥ لمنة ٤ ق. دستورية.

ويكون قضاؤها فاصدلاً بصفة نهائية في أمر دستورية أو عدم دستورية ما يورض عليها من نصوص تشريعية، متمتماً بحجية مطلقة تجاه الكافة من أفراد وسلطات، وإن كانت هذه النتاتج ليمت مرتبطة حتماً بأسلوب مركزية الرقابة على الدمتورية، وحيث تختلف الدول التي تعتني هذا الطريق سواء في تحديد الجهة القضائية المنوط بها مباشرة هذه الرقابة أم في تحديد وقت مباشرتها، ومن لهم الحق في تحريك الرقابة والإجراءات المتبعة لذلك أمامها، والآثار القانونية المترتبة عليها وعلى الحكم الصادر بشأنها، وهي موضوعات يتعين علينا التعرض لكل منها بالتقصيل المناسب.

أ. تعديد الجهة القضائية المنوط بها رقابة الدستورية:

إذا رأت دولة ما إتباع طريق الرقابة القصائية المركزية على الدستورية، فإن الغالب الأعم ألا يترك الدستور لهذه الدولة مهمة تحديد الجهة المنوط بها مباشرة الرقابة على الدستورية للمشرع العادى، وإن كان ذلك الأمر ليس مستبعدا وهو ما تحقق - مثلا - في النظام الأساسي لسلطنة عمان، حيث خولت المادة ٧٠ منه مهمة تعيين الجهة القضائية التي تتولى هذا الاختصاص للقانون، ولذلك فإن السائد فقها أن تنظيم الرقابة القضائية على الدستورية، وهي من العناصر الرئيسية لتحقيق الدولة الدستورية، وهي من العناصر الرئيسية لتحقيق الدولة الدستورية وهي الجهة الأولى التي ستخضع أو ترتهن بإرادة المبلطة التشريعية العادية، وهي الجهة الأولى التي ستخضع عن صدون حقوق المواطن وحرياته إذا جاءت القوانين الناظمة لصلاحيات عن صدون حقوق المواطن وحرياته إذا جاءت القوانين الناظمة لصلاحيات القضاء الدستوري دون المستوى المطوب لتفعيل دوره (١٠).

⁽١) الدكتور أمين عاطف صليبا: المرجع السابق - ص ٤٠.

M. Fromont, La justice constitutionnelle dans le mond, Dalloz, Paris, 1996. P. 87.

وباستقراء النظم المقارنة في هذا الشأن نجد أن الاختيار – سواء تم بواسطة المشرع الدستورى أم المشرع العادي – سيكون بين طريقتين أو أسلوبين هما:

أولاً: إسناد مهمة الرقابة القصانية على الدستورية إلى المحكمة الطيا في الجهاز القضائي، وهو ما يصلح في حالة وجود محكمة عليا واحدة على رأس المناطة القضائية في الدولة، أيا كان مسماها مثل المحكمة الطيا أو محكمة النقض أو محكمة التمييز أو غير ذلك من مسميات، وذلك حتى يمكن لهذه المحكمة أن تفرض على غيرها من المحاكم التي تدنوها ما تصدره من أحكام أو قضاء بشأن دستورية النصوص والقواعد التشريعية التي تثور بشأتها شاقية عدم الدستورية.

وعلى ذلك تصلح هذه الوسيلة أساسا في الدول التي يتأسس فيها تنظيم القسضاء على مبدأ وحدة القسضاء، حيث توجد جهة قسساتية واحدة يكون اختصاصها شاملا لمختلف المنازعات، مثل جمهورية السودان، كما أنها تعد الوسيلة المثلى للدول الاتحادية مثل الاتحاد السويسرى والمانيا الاتحادية والإمارات العربية المتحدة، وإن كان ذلك لا يمنع من وجود دول اتحادية تفضل أسلوب الرقابة اللامركزية القصائية (رقابة الامتناع)، مثلما عليه الحال في الوليات المتحدة الأمريكية (.

ثُقيا: إسناد مهمة الرقابة على الدستورية إلى جهة قصائية تنشأ خصيصاً لهذا الغرض، وقد تتمثل هذه الجهة في محكمة يطلق عليها غالباً اصطلاح "المحكمة الدستورية العليا" مثل مصر والكويت، وقد تتمثل في دائرة قضائية متخصصة و مختصة دون غيرها برقابة الدستورية، دون أن يعنع ذلك

 ⁽۱) الدكتور أحد كمال أبو المجد: المرجع السابق -- ص ۱۸۰.
 الدكتور محمد كامل ليلة: القانون الدستوري -- ۱۹۹۷ -- ص ۱۹۳۲.

G. BURDEAU, Droit Constitutionnel et L'Institutions Politiques, 1976, P. 107.

من إضافة بعض الاختصاصات الأخرى المرتبطة بهذا الموضوع إليها، مثل تفسير نصوص النمنتور أو التشريعات الأخرى.

والغالب أن تلجأ الدول التي تزيوج أو تتعيد فيها الجهات القضائية المستقلة فيما بينها إلى هذه الوسيلة، خاصة وأنه سيناط بها مهمة فض التنازع الأبدائي والسلام بين هذه الجهات؛ عالم ة على إذ الله التعارض بين الأحكام القضائية الصادرة عنها وذلك بتحديد الحكم الواجب النفاذ من بينها. والمشاهد عملاً تزايد الدول التي تعتنق هذا الطريق مثل إيطاليا وأسبانيا وتركبا ومصرء ولا يسوغ وفقاً لهذا الأسلوب لأي محكمة أخرى أن تنصدي للفصل فس المنازعة الدستورية، حتى ولو كانت محكمة عليا لإحدى هذه الجهات، ولنلك فإننا لا نو افق محكمة النقض فيما ذهبت إليه بصدد قانون الكسب غير المشروع رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في القضية المعروفة للدكتور عبد الحميد حسن محافظ الجيزة الأسبق، إذ ير أنه محكمة النقض من النهم المنسوبة له، تأسيسا على أن المادة (٢) من هذا للقانون القت عبء الإثبات لمشروعية مصدر ثروة الموظف العام على عاتق الموظف المتهم بتحقيق كسب غير مشروع، و هو أمر مخالف للدستور فيما نص عليه يصعد أصل البيراءة، حيث قضت المحكمة بأن "الدستور قد نص على أن الأصل في الإنسان البراءة وأن عبء الإثبات يكون على عاتق سلطة الاتهام وليس المتهم، ومن ثم فإن نص قانون الكسب غير المشروع المشار الله بعد مخالفاً للدستور ، لذلك فإن محكمة النقض لن تعمل هذا النص و لا يعد ذلك تعدياً على سلطة المحكمة الدستورية العليا المختصبة بالفصل في دستورية القوانين، فلا يحول ذلك دون امتناع المحاكم عن إعمال أي نص قانوني مخالف للصنور دون الحلجة إلى إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية، و هذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض في العديد من أحكامها ... لأن القضاء مازم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون على حد سواء، لكن عند تعارض أحكامهما فلابد من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القاتون اعمالا لقاعدة

تدرج التشريع وما بحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدني ... وهو القانون لمخالفته أحكام الدستور ... فالتشريع يتدرج درجات ثلاثًا هي الدستور ثم التشريع العادي ثم التشريع الفرعي أو اللائحة، ولا خلاف على حق المحاكم في الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى للتأكد من تمام سنة بو اسطة السلطة المختصمة وتمام إصداره ونشره وفوات الميعاد الذي يبدأ بعده نفاذه، فإن لم يتوافر هذا الشكل تعين على المحاكم الامتناع عن تطبيقه، أما من حيث رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع ... فإنه وفقًا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٧٥ من الدستور ... فإن اختصاص المحكمة الدستورية المنفرد بالحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون عليه أو بدستوريته هو حق لها لا يشاركها فيه سواها وحجية الحكم في هذه الحالة مطلقة تسرى في مواجهة الجميع، على أنه في ذات الوقت للقضاء العادي التأكد من شرعية أو قانونية التشريم الأدني بالتثبت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى، فإن ثبتت هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك الغاءه أو القضاء بعدم دمتوريته، وحجية الحكم في هذه الحالة نسبية مقصورة على أطراف النزاع دون غيرهم".

وقد أجمع الفقه على انتقاد هذا الحكم لمخالفته الواضحة للأحكام الأمرة التى حددت طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين باعتبارها من النظام المعام، إذ كان يتعين على المحكمة أن توقف نظر الدعوى وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية هذا القانون الذي تراءي لمحكمة النقض عدم دستورية، حيث لا يجوز لهذه المحكمة التصدى لذلك لما ينطوى عليه من تعد على اختصاص المحكمة الدستورية، علاوة على فتح باب الاجتهاد أمام كافة القضاة من خلال رقابة الامتناع عن تطبيق أي نص يرى القاضى أنه غير دستورى مما يسفر عصلاً عن الغاء دور المحكمة الدستورية العليا

واختصاصها في هذا الشأن، ومع ملاحظة أنه سبق لمحكمة النقض الأخذ بهذا القضاء عام ١٩٧٧ عندما ألفت القانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعروف بقانون مذبحة القضاة، إلا أن هذا القضاء لم يتكرر بعد ذلك.

ب. تعديد وقت مباشرة الرقابة على النستورية:

سبق وأن أشرنا بصدد الرقابة المدياسية إلى أنها رقابة وقاتية غالباً، بمعنى أنها رقابة سابقة تهدف أصلا إلى منع صدور العمل التشريعي غير الدستوري، وتجتنب بالتالى الجدل حول دستوريته بعد صدوره، وتتفادى خطر تضارب الأحكام القضائية الذي يتحقق في حالة الأخذ برقابة الامتناع، مما يضاحف من قطالية الرقابة المشابقة تأسيسا على قاعدة أن الوقابة خير من العلاج، ولذلك يتجه البعض إلى أن دور الجهة التي تتولى مباشرة هذه الرقابة، هو دور فني بإبداء رأى قانوني عام عن مدى وجود مخالفات دستورية واضحة في القانون، على خلاف الرقابة القضائية اللاحقة التي تتضمن الفصل في منازعة يقيمها أحد الأفراد دفاعاً عن أحد حقوقه الدستورية الأساسية في التقاضي.

ونذلك يمكن القول بصدد الرقابة القصائية، سواء المركزية منها أو اللامركزية، أنها رقابة لاحقة غالباً تهدف إلى علاج ما أصاب البناء القانونى في الدولة من وجود نصوص أو تشريعات مخالفة لما يعلوها من قواعد قانونية وعلى رأسها القواعد الدمتورية، وليس من جدال في أن إتباع أسلوب الرقابة القصائية اللامركزية يؤدى حتما إلى أن تكون هذه الرقابة "لاحقة"، أى بعد صدور القوانين والتشريعات، حيث تسفر تلك الرقابة عن "امتناع" المحكمة التي فحصت بمتوريتها عن "تطبيق" القانون الذي يثبت لديها عدم ستوريته، مما مفاده أن هذا القانون كانت له قوة نفاذ مازمة، وكان ساريا وواجب التطبيق، ولولا عدم دمتوريته لالتزمت المحكمة بإعماله، وهكذا فإنه لا مجال التفرقة بين الرقابة المابقة والرقابة اللاحقة في ظل رقابة الامتناع، إذ يفترض فيها أن هناك

دعوى قضائية يراد فيها تطبيق أحد القوانين، ولكن لوجود شبهة في عدم دمتوريته يتم الدفع بذلك أثناء نظر الدعوى، بهدف عدم تطبيقه فيها، وبالتالى تكون في هذه الحالة لاحقة دوما على صدور ونفاذ القانون، إذ لا مجال لها إلا بمناسبة تطبيقه.

أما الرقابة السابقة، فبالرغم من أنها تتفق أصلا مع طريق الرقابة المسياسية، إلا أنها ليست مرادفة لها، حيث يمكن أن تكون أيضاً قضائية أى معهود بها إلى جهة قضاء، وهو الأمر الذي تحقق في بعض الدول مثل بنما في دمتور 1972 وايرلندا في دمتور 1977.

وعلى حين يؤيد جانب من الفقه الرقابة السابقة للحيلولة دون صدور قوانين مخالفة الدستور، ويفضلها على الرقابة اللاحقة لما تسفر عنه من عدم استقرار تشريعي، فإن معظم الفقه الدستورى يرفض بشدة هذا التوجه، وذلك بملاحظة أن عدم الاستقرار التشريعي مرده تقصير المشرع في عمله، كما أنها حجة لا تقوى على مواجهة مقتضيات مبدا سمو الدستور وسيادة القانون، علاوة على أنه ثبت عملاً أن مواطن عيب عدم الدستورية وأوجه مخالفة القوانين الحكام النستور ومبادنه وروحه لا تظهر إلا من خلال التطبيق العملي، وفي ضوء الأثار التي أحدثتها في مجال تطبيقها ووفقا لما يظهره العمل من مثالبها الدستورية، ومن ثم فإن الرقابة اللاحقة هي الأفضل، لتكون الرقابة من خلال ما هو مفترض، فلا تكون مراجعتها تصوراً نظرياً بل عملا واقياً حقيقياً.

فليس من شك فى أن شائية عدم الدستورية لا تظهر إلا بعد اتصال النشريعي بالواقع الاجتماعي والقانوني عند التطبيق العملي، ومن خلال المرافعات والمذكرات القانونية، والتحضير والإعداد طوال نظر الخصومة القضائية أمام الجهة المختصة، ومهما بلغت المداولات والمناقشات بين أعضاء هذه الجهة فيما بينهم وحدهم، وحتى لو تعددت الهيئات الاستشارية أو اللجان

المتخصصة المعاونة لها، فإن المخالفات التشريعية لنصوص الدستور قد لا تظهر مطلقاً قبل دخول التشريع حيز التطبيق واتصاله فعلا بالواقع العملى، فهذا وحده من شأنه أن يكشف عن أثار التشريع التي قد تكون مخالفة للنصوص الدستورية، علاوة على أن الأمر هنا يتعلق أيضاً بحق كل فرد في الالتجاء إلى القضاء للنظر في دعواه بأن القانون يخل بحقه الدستوري في احترام أحكام الدستور ومبادنه وصيانة الحقوق والحريبات، وهو حق دستوري لكل مواطن وليس حقا للمحكمة بقدر ما هو واجب عليها للفصل في المنازعة المعروضة عليها. وكما قبل بحق فإن الرقابة السابقة هي رقابة في حجرة مظلمة، ولكن الرقابة اللحقة تتم بعين مبصره ... ومن خلال ضوء ساطع، ومن هنا تكون الرقابة الدستورية اللاحقة أكثر فاعلية (أ)، وخاصة بمراعاة أن مفهوم حقوق وحريات الأفراد في تطور مستمر وأن طبيعة العيب ذاته لم تظهر إلا في وقت لاحق نتيجة لتغير الظروف التكنولوجية والمفاهيم السياسية والاقتصادية.

غير أن ما تقدم لا يعنى أنه يتعين على المشرع الاختيار بين نوعى الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة في ظل اعتناق نظام الرقابة القضائية المركزية على دستورية القانون دون الجمع بينهما، إذ ليس ثمة ما يمنع من ذلك استتادا إلى أن الدستور يشمل أولا النظام المياسي للحكم في الدولة متضمنا إنشاء السلطات العامة فيها وضبط نشاطها وتصر فاتها وعلاقاتها فيما بينها، كما يشمل ثانيا تنظيما للحقوق العامة والحريات الإساسية للأفراد في المجتمع، وضمانات كفائها، سيما تجاه السلطات العامة، ومن ثم فإنه يمكن الجمع بين طريقي الرقابة الملطات العامة، ومن ثم فإنه يمكن الجمع بين طريقي الرقابة الملحقة على الدستورية، على أن تكون الرقابة الملحقة على الدستورية، على خلاف ما أخذ به المشرع

⁽١) هذا القول منسوب إلى المستشار الدكتور عوض المر رئيس المحكمة الدستورية العليا المصربة الأسبق في تحقيق صحفي أجراه معه الإستاذ أسامه سلامة في مجلة روز اليوسف المصرية بتاريخ ١٩٩٧/١٣/٩ – ذكر ذلك الدكتور محمد فؤاد عبد الباملط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية – ٢٠٠٧ - ص ١٦٥.

الدستورى الفرنسى عام ٢٠٠٨، وأن يقتصر نطاق هذا الاستثناء في النصوص التى تتصل فقط بتنظيم المطلحات العامة في الدولة وتحديد اختصعاصاتها وعلاقاتها فيما بينها، أما تلك المتصلة بعقوق الأفراد وحرياتهم العامة، فلا مناص من طرحها بعد إصدارها ونفاذها ووضعها موضع التنفيذ على ساحة القضاء الدستورى المختص للتأكد من دستوريتها على ضوء التطبيق في الواقع العملى، ويستتبع الأخذ بهذا الاقتراح أن يكون طريق الرقابة المعابقة مقصوراً على المعاطات العامة في الدولة، بينما يكون طريق الرقابة اللاحقة مقرراً على المجتمع الأفراد في المجتمع (').

وقد تحقق هذا الأمر جزئيا في مصر، حيث الأصل فيها اختصاص جهة قضائية مركزية مستقلة دون غيرها بفحص بستورية القوانين واللوائح، وهي المحكمة المستورية العلياء وذلك بعد صدورها وتطبيقها ومن خلال دعوى موضوعية مطروحة على محكمة الموضوع، فهي إذن رقابة قضائية لاحقة على صدور القانون وبمناسبة تطبيقه واستثناء من هذا الأصل قرر المشرع على صدور القانون وبمناسبة تطبيقه واستثناء من هذا الأصل قرر المشرع واستمر حتى اليوم، أن تكون هناك رقابة قضائية مركزية سابقة، على دستورية مشروع قانون معين هو قانون تنظيم انتخابات الرئاسة في مصر، وذلك قبل إصداره، المتحقق من انفاقه مع أحكام المستور القائم، بحيث يحوز هذا القانون بعد تلك، بعد تلافي شبهة عدم دستورية بعض نصوصه ثم إصداره ونفاذه بعد ذلك، هريئة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات عكسها بعد سريانها بدستورية نصوص هذا القانون ومطابئتها لأحكام الدستور.

⁽¹⁾ ومن هنا فإننا نفضل أن ترد نصوص المستور في وثيقتين منفصلتين، الأولى تتعلق فحسب بشكل الدولة ونظام الحكم فيها، والثانية تتصل فقط بتحديد مقومات المجتمع والحقوق والحريات العامة، بما يسمح بالمغايرة بينهما بصند الرقابة القضائية السابقة أو اللاحقة على الدستورية وأيضا مايتطق بتعديل الدستور ونطاقه.

وقد قامت المحكمة الدستورية الطيا في مصر، بعد إحالة مشروع ذلك القانون البها بتحديد مدى اختصاصها بالرقابة على مشروع هذا القانون، فصدر قرارها في ٢٠٠٥/١/٦٩ متضمناً ما يلي:

وحيث أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة العليقة على مشروع القانون المعروض (قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية) يتحدد على النحو الوارد بنص المسادة (٧٦) من الدستور بنقرير مدى مطابقته لأحكام الدستور، ومن ثم فإنه يخرج عن هذا الاختصاص ما يلى:

- ١- مراجعة الصياغة القانونية للمشروع.
- لنظر في أي تناقص بين نصوص المشروع بمضها البعض أو تعارضها
 مع أية نصوص قانونية أخرى.
- ٣- تقرير مدى ملاممة بعض الأحكام التي حواها المشروع باعتبار أن ذلك
 الأمر يدخل في نطاق السلطة التقنيرية للمشرع.
 - وفي ضوء ما تقدم فقد استبان للمحكمة ما يلي:

أولاً: حوى المشروع المعروض نصوصاً تشور بشانها شبهة عدم الدستورية إلا إذا تم تضيرها على وجه يزيل عنها هذه الشبهة وهي: ١ - م ١٣ ... ويتعين تضير عبارة ... على نحو ... ٢ - م ١٨ ...، ثقياً: نصوص يشوبها عوار نستوري هي: المواد ٥ و ٢٢ و ٤٩ ... (٢).

 ⁽١) الجريدة الرسمية من مصر عند ٢٥ مكرر بتاريخ ٢٠٠٥/١/٢٦.
 وقد تكررت هذه الرقابة عام ٢٠١٢ بغناسية تعديل هذا القانون، وصدر قرار المحكمة في شأنه بتاريخ ٢٠١٢/٥/١٦ مؤكدا على ذات الضوابط التي سبق للمحكمة إفرارها

⁽٢) اعتنقت المحكمة الدستورية بذلك أساوب المجلس الدستورى في فرنسا المسمى "التفسير تحت التعفظ La conformite sous reserve d'interpretation" ومقتضاه أنه يجوز الحكم بعطلية أنفس التشريعي بلحكم الدستور وقتاً لتفسير محدد بحيث يكون كل تفسير خلاف ذلك مخالقاً الدستور - راجع في ذلك. الدكتور مصطفى عنيفي: المرجم السابق ص ٧١.

DRAGO (G), L'execution des décisions du Conseil Constitutionnel, thèse Paris II. 1989. P. 149.

من ناحية أخرى أصدرت المحكمة في صدد هذا الموضوع حكماً بتاريخ ٥ / ١/١/١٥ ، رفضت فيه أولا فحص دستورية التعديل الدستوري الذي تم تجاه المادة ٧٦ من الاستور، حيث قضت بأنه "إذا كان لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تتنصل من اختصاص أسنده لها الدستور فعلمها ألا تخوض في اختصاص ليس لها باعتبار أن تجاوز ها لو لايتها أو تنصلها منها أمر إن يمتنعان عليها دستوريا، مما يتعين معه القضاء بعدم اختصاصها برقابة المادة ٧٦ من الدستور المجاوزة هذا الطلب حدود والابتها، وبنطبق ذلك على تعديل هذه المادة "(١)، أما عن الطعن بعدم دستورية قانون الانتخابات الرئاسية الذي سنق للمحكمة فحصه قبل اصدار ه من خلال الرقابة السابقة، فقد قضيت فيه المحكمة - ثانيا - بأن "مباشر تها الرقابة الدستورية السابقة على مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية وإبداء رأيها فيه لا يمنعها من مباشرة اختصاصها بالرقابة اللاحقة على نصوص ذلك القانون ... كما أن محلس الشعب قد التزم بمنطوق قرار المحكمة الذي أصدرته عند رقابتها السابقة لمشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية تتفيذا لحكم المادة ٢٦ من الدستور والمادة ٢٥ من قاتونها بالرقابة اللاحقة عنى دستورية القوانين، فقد استعرضت المحكمة نيصوص المواد المطعون عليها، وتبين لها أن مجلس الشعب قد التزم بقرار ها وصدر القاتون غير مخالف في أي من مواده لنصوص الدستور، ومن ثم فإن ما يثيره الطعن يشأن المواد المطعون عليها يكون غير قائم على أساس بما يتعبن القضاء بر فضه".

بالرغم من استحالة تكرار هذه الرقابة بصدد ذات القانون ما لم يتم تغييره أو تعديله، إلا أن من شأنه وضع مبدأ له أثاره البالغة، ويتمثل في أن

⁽١) تكرر هذا القضاء عام ٢٠١٢ بمناسبة طلب عرض تعديل قانون مباشرة الحقوق المبياسية (الذي أقرء مجلس الشعب لتطبيق العزل السياسي على أحد المرشحين لانتخابات الرئاسة تحايلا على ضرورة الرقابة المبابقة)، حيث قررت المحكمة في ٢٠١٢/٤/٢١ عدم لختصاصها بنظر هذا الطلب.

مباشرة الرقابة السابقة على دستورية نص تشريعي أو قانوني لا يمنع من مباشرة رقابة لاحقة عليه بواسطة ذات المحكمة، وفي تقديرنا أن من شأن ذلك المدار كل مبرر أو علة من استبدال الرقابة السابقة بالرقابة اللاحقة، على سبيل الاستثناء، وبصدد موضوع أو قانون محدد يتعلق بملطات عامة، ضماتا للاستقرار التشريعي والسياسي على نحو ما سبق عرضه، ومع ذلك فابه يخفف من ذلك أن المحكمة - كما هو واضح من حيثيات حكم ١٩/١/٥٠ - لم تفحص سوى مدى التزام مجلس الشعب المصرى بقرارها - أو بالأحرى حكمها - السابق صدوره في ٢٠٠١/١٥، وهو أمر لا يسوغ أن ترفع دعوى خاصة بشانه الأمامة المعنية خاصة بشانه المامة المعنية المعامة المعنية .

والخلاصة أنه لا يجوز في تقديرنا استبدال الرقابة المسبقة على بستورية القوانين بصفة عامة بالرقابة اللاحقة على الدستورية، فالأمر لا يتعلق فحسب بمجرد التغيير الزمنى للحظة الحكم على دستورية القوانين، بل أنها تنطوى على الغاء حقوق المواطن في الطعز أمام القضاء بعدم بستورية أحد القوانين لعيوب خفية لم تتضح بشكل كامل إلا مع الممارسة وخلال حياة القانون، علاوة على أن هذا الاستبدال يرتب مشكله كبرى وحادة تتعلق بالجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية اللوائح والتي ستؤول حتما لجهة القضاء الإدارى مما يستتبع ضرورة تنظيمها على وجه الدقة وخاصة تجاه اللوائح المستقلة، بصدد كل ما أثرناه من موضوعات تتصل بهذا التنظيم.

ج. أساليب تحريك الرقابة على الدستورية أمام القضاء:

عند عرض طريق الرقابة القضائية اللامركزية على المستورية، أوضحنا أن هذه الرقابة تكون دوما "لاحقة" على إصدار القوانين ونفاذها

وفي ذات الحكم رفضت المحكمة أي طعر مباشر أو دعوى أصلية ضد أي نص تشريعي، ومن ثم قضت بعدم قبول الدعوى الخاصة بالطعن على نص الملاة ٢٩ من قانون المحكمة والتي تعنع إقامة الدعوى أملمها مباشرة.

ب_وسيلة النقع القرمى:

بالرغم من أن الدفع الفرعى وسيلة قصائية تتعلق أصالا بطريق "رقابة الامتناع" كما سبق وأوضحنا، إلا أن للمشرع أن يقرر ذات الوسيلة مع تفضيله لتباع طريق الرقابة القضائية المركزية، بأن يسمح للأفراد بالحق في الطعن بطريق غير مباشر في دستورية القوانين واللوائح أمام المحكمة الدستورية المختصة، وذلك من خلال الدفع أمام محكمة الموضوع بعدم الدستورية، وهي محكمة أيس من صلاحياتها سلطة القصل في هذا الدفع، وإنما يتعين عليها إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية، وهي حدية ذلك الدفع (وهو الشرط المعمول به في مصر) أو صحته (وهو الشرط المعمول به في مصر) أو صحته (وهو الشرط بعدم دستورية النص أو التشريع المحكمة الدستورية بعد ذلك الفصل فيه، والحكم بعدم دستورية النص أو التشريع المطعون فيه إذا تبين لها ذلك، ويكون حكمها الطريق الذي اتبعته دول عديدة مثل إيطاليا وفقاً لدستور ١٩٤٧ والكويت في دستور ١٩٤٧ ومصر في دستور ١٩٢٧ ومصر في دستور

ويعيب هذا الطريق أن اتباعه يعنى انتظار صاحب المصلحة إلى حين تطبيق القانون أو النص التشريعي عليه لينفع بعدم دستوريته، بل وقد لا يتبين صاحب المصلحة هذا الأمر ومن ثم يتم تطبيق القانون عليه وعلى غيره من شاكلته لأمر طويل، إلى أن يتنبه البعض بعد مناز عات ليست بالقليلة تم تطبيق القانون فيها، إلى شيهة عدم دستوريته فيدفع بذلك ويسير في إجراءاته إلى أن

اللحكور عثمان عبد الملك الصالح: الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكوبت ــ ١٩٨٦ ــ ص ٧٧ وما بعدها.

الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق ــص ١٥٠ وما بعدها. التكثور إسماعيل مرزة: القانون النستورى ــمنشورات الجامعة الليبية ــبيروت ١٩٦٩ ــص ١٩٥٢ المكتور عثمان عبد الملك الصناح: الرقابة القضائية أسام المحكمة الاستورية في

ينتهى الأمر بإعلان بطلان القانون أو الغانه، مما يثير جدلا ونزاعا وخلافا فقها وقضائيا حول أثر هذا الحكم على نحو ما سنبينه لاحقا.

ولذلك قد يجيز المشرع، أن تكون المبادأة كذلك لمحكمة الموضوع، إذا تراءى لها عدم دستوريته، باعتباره النص الواجب التطبيق فى المنازعة المطروحة عليها، وهو ما يعنى حق قاضى الموضوع فى التصدى لفحص دستورية النص من تلقاء نفسه بغير حلجة اللغع بذلك من جانب أحد الخصوم، ولكن دون أن تكون له صلاحية القصل فى هذه المسألة باعتبارها مسألة أولية يختص بنظرها، وإنما بوصفها مسألة مبدئية يختص بها القضاء الدستورى المختص دون غيره.

وقد أقر المشرع المصرى هذا الطريق عام ١٩٧٩ حيث أجاز القاسى الموضوع التصدى من تلقاء نفسه لمسألة دستورية النصوص واجبة التطبيق وإحالتها إذا ثبت لديه عدم دستوريتها وليس مجرد جدية أو شبهة عدم الستورية، دون أن يعد ذلك إخلالا منه يعبداً حياد القاسي وغم أن ذلك سيكون حتما لصالح أحد الخصوم وصد مصلحة الطرف الأخر

ثانيا: في حالة السماح فقط للهيئات أو السلطات العامة بتحريك مسالة الدستورية بالنظر إلى خطورة الآثار الناجمة عن السماح للأفراد برفع الدعوى الأصلية أمام المحكمة المختصمة، فإن المشرع قد يتجه إلى تجنب هذه الآثار بأن يحصر مباشرة هذا الحق في رفع الدعوى مباشرة أمامها، في جهات أو سلطات معينة دون الأفراد العاديين، مثل الوزارات أو المحاكم أو عدد من أعضاء البرلمان أو الأحزاب السياسية أو النقابات.

والغالب أن يكون رفع الدعوى في هذه الحالة من خلال طلب تقدمه الهيئة المخول لها ذلك إلى المحكمة الدستورية المختصة مباشرة، وهو طريق قد يماثل في الإجراءات طريق الدعوى الأصلية المقررة للأفراد أمام المحاكم المختلفة، إلا أن الغالب في هذه الحالة أن يفضل المشرع أن تكون هذه الرقابة

سابقة على إصدار النص لتكون رقابة وقائية مثل الرقابة السياسية، وليست رقابة على إصدار النص لتكون رقابة وكيست برقابة على صدوره، حتى لا يكون للأفراد التمسك بحق الالتجاء إلى هذا الطريق، استندا إلى انعدام مصاحتهم من الطعن في عمل قانوني لم يكتمل بعد ولم يدخل بالتالي في البناء القانوني للدولة. ولذلك تخول بعض الدول لرنيس الدولة – مثلا – وهو المختص بإصدار القانون، والذي أقسم على احترام الدستور، الحق في طلب فحص مشروع القانون الذي أقره البرلمان لتقرر المحكمة المختصة مدى دستوريته قبل أن يصدره، وذلك خلال فقرة زمنية المحددة، فإذا وجدت المحكمة أنه يتفق مع قواعد الدستور تعين عليه السير في إجراءات إصداره، أما إذا أعلنت المحكمة عدم دستوريته، امتنع عليه السير في الإجراءات، وهذا ما أخذت به بنما في دستور ١٩٠٤ وإيراندا في دستور

ثالثاً: وأخيرا فليس شمة ما يمنع المشرع من الجمع بين الأمرين، فيجيز لبعض الهيئات أو السلطات العامة إثارة مسألة الدستورية من خلال طلب أصلى أو مبتدأ، متبعا في ذلك أسلوب الرقابة الوقائية السابقة، مع السماح في ذات الوقت للأفراد بالصعن في دستورية العمل التسربعي، إن توفرت للطاعن مصلحة شخصية مباشرة، وذلك إما بوسيلة الدعوى الأصلية المباشرة، أو بوميلة الدفع بعدم الدستورية، فتكون الرقابة فيها رقابة علاجية لاحقة، على أن تكون النتيجة في جميع الأحوال واحدة، وهي الغاء القانون أو مشروع القانون غير الدستوري وبصفة نهائية، تحقيقاً للفاعلية الكاملة من الرقابة على الدستوري وبصفة نهائية، تحقيقاً للفاعلية الكاملة من الرقابة على الدستوري وبصفة نهائية، تحقيقاً للفاعلية الكاملة من الرقابة على الدستوري وبصفة نهائية،

وقد أخنت بذلك مملكة البحرين في دستور ٢٠٠٧، حيث يجوز للملك قبل إصدار القاتون طلب الرقابة السابقة عليه من المحكمة الدستورية هناك، دون إخلال بحق الأفراد في طلب الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وفقاً للاجراءات التي بحددها القاتون

د_ آثار مباشرة الرقابة على النستورية والحكم فيها:

إذا كانت رقابة الامتناع في أسلوب الرقابة القضائية اللامركزية تسفر عن أثر قانوني محدود، هو عدم تطبيق القانون أو النص التشريعي الذي تبينت محكمة الموضوع عدم دستوريته، دون مسلس بقوة نفاذ القانون أو سريانه، ومن ثم تكون لحكم هذه المحكمة في ذلك الموضوع حجية نسبية تقتصر على أطراف الخصومة أو المنازعة فعصب، فإن الرقابة القضائية المركزية تستلزم منطقبا أن تكون للمحكمة صلاحية الفاء أو إعلان بطلان القانون أو النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته، وأن تكون حجية الحكم في هذه الحالة مطاقة أي ملزمة للكافة، وأن يرتد أثر الحكم إلى تاريخ إصدار النص أو تطبيقه. ومع ذلك فإن الربط بين تلك الأنظمة على هذا النحو ليس حتميا من الناحية ومع ذلك فإن العملية، إذ قد يتم الخطبين رقابتي الإلغاء بوسيلة الدعوى الأصلية من ناحية أو رقابة الاستناع و وسيلة الدغم الفرعي من ناحية أو زي.

وقد أدى موقف المشرع المصرى – على سبيل المثال – باتباع رقابة الإلغاء ولكن بوسيلة الدفع الفرعى إلى الوقوع في مشكلات قانونية وسياسية قاسية، تتعلق بحجية الحكم الصائر من المحكمة الاستورية العليا، والأثر الرجعى أو المباشر لهذا الحكم، ومدى جواز طلب وقف تنفيذ القانون أو النص المشتبه في عدم دستوريته إلى حين الفصل في هذه المسالة أم لا. وعليه نعرض لهذه الموضوعات بالنفصيل المناسب على النحو التالي:

أولاً: العجية الطلقة للحكم: .

إذا كان الفقه الدستورى قد تلاقى على أن حكم محكمة الموضوع بعدم دستورية نص تشريعي، وفقاً لأسلوب رقابة الامتناع الذي يفترض إتباعه في طريق الرقابة اللامركزية على الدستورية، ليست له سوى حجية نسبية مقصورة على أطراف النزاع الموضوعي، وبذلك لا يكون هذا الحكم ملزماً لغيرهم، بمعنى أن أثار هذا الحكم النسبي تنحصر في إهمال تطبيق النص غير الدستورى في القضية المثار بصددها مسألة دستوريته بعد أن كان من الواجب تطبيقه فيها، دون أن يحول ذلك عن استمرار نفاذ النص وسريان حكمه في الأحوال الأخرى التي يتسنى فيها ذلك، أي في دعاوى ومناز عات لاحقة على صدور الحكم الأول^(۱)، فقه بصدد طريق الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، يتفق معظم الفقه الدستورى على ضرورة أن يكون لحكم المحكمة الدستورية المختصة حجية مطلقة في مواجهة الكافة، بمعنى أن يكون ملزما لجميع مسلطات الدولة بما فيها المحكمة الدستورية ذاتها، سواء ارتكزت هذه الرقابة المركزية على وسيلة الدعوى الأصلية أم على وسيلة الدفع الفرعى بعدم الدستورية، وذلك تأسيسا على أن طبيعة الدعوى الدستورية أن الخصومة فيها عينية توجه إلى النص التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية، بهدف الحكم ببطلانه بسبب هذا العيب.

وفى ذلك تقول المحكمة العليا إن "الرقابة القضائية على دستورية القوانين ... تستهدف حماية الدستور وصونه وذلك عن طريق إنهاء قوة نفذ النص المخالف للدستور، ولما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصومة إلى التشريع ذاته، فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذي يصدر بعدم نمتورية نص تشريعي يلغى قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة. ولما كان هذا الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته، فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي لا

⁽١) ومع ذلك فإنه يازم ملاحظة أن الحجية النسبية للحكم الصلار بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الطيا الأمريكية وهو قضاء استناع، لا تنفى أنه يمثل سابقة قضائية، وبالتالي تكون منزمة أكافة المحلكم الأخرى دون أن يستتيع ذلك القول بالحجيبة المطلقة لأحكامها، خاصة وأنه يحق لهذه المحكمة أن تعدل عن قضائها السابق إذا تغيرت الظروف، وهو ما حدث بشأن عقوبة الإعدام، حيث صدر حكم المحكمة العليا الأمريكية عام 19۷7 بأنها عقوبة غير دستورية، ثم صدر حكم لاحق عام 19۷٦ بأنها عقوبة دستورية.

يقتصر على أطراف النزاع في الدعوى التي قضى فيها فقط، وإنما ينصرف أثر هذا الحكم إلى الكافة ويكون حجة عليهم" (١).

و هكذا بجمع الفقه الدستورى على تأسيس الحجية المطلقة للحكم الدستورى على الطبيعة العينية للدعوى الدستورية، إضافة إلى أنه إذا كان وجود النص القانوني تصاحبه بالضرورة قوة ملزمة بفرض بها على الكافة أفرادا كانوا أم سلطات و هيئات، فإن زواله يستتبع بالمقابل وبالضرورة زوال هذه القوة الملزمة بالنسبة للكافة من أفراد وسلطات و هيئات، ومن ثم إطلاق قوة حجية احكام الدستورية، و عدم اقتصارها على أطراف دعواها، وذلك من وجهة نفى الدستورية أو تقريرها، فلا مجال إذن في خصوص أحكام الدستورية لتفرقة بين حجية مطلقة وحجية نسية، فالحجية هنا مطلقة وفي جميم الأحوال(").

ومن ناحية أخرى فمن المستقر في قضاء المحكمة الاستورية العلياء أنها تقوم أثناء نظر الدعوى النستورية بمطابقة النصوص المطعون بعدم دستوريتها لكافة نصوص وأحكام النستور ذات الصلة، وليس فقط النصوص التي أشار إليها الطاعن في طعنه، للوقوف على مدى توافقها لأحكام الدستور في مجمله، "منقية عن أية مخالفة لها ليكون حكمها إما كاشفا عن قيامها بالنص التشريعي للمطعون عليه منذ صدوره، وإما نافيا لثبوتها من كافة مظانها،

⁽۱) حـــــيا في ۱۹۷۲/۱۲/۱۱ الدعوى ٨ أسنة ٣٥. د، كذلك أحكام المحكمة الاستورية العليا التي أقرت المجية المطلقة خلاقا للمحكمة العليا – للأحكام الصادرة بدستورية النص ومن ثم رفض الطعن فيه كذلك – أحكامها في ١٠/١/١٧ قضية ١٩٥ أسنة ١٩ق. دستورية، وفي ١١/١/١١ قضية ٤٤ أسنة ١٥٥. دستورية، وفي ١٩٩٣/٢١ قضية ٧٧ أسنة ٤٤ ستورية.

[&]quot;) الكتور محمد فواد عبد الباسط: السرجع السابق -- ص ١٦٥ (الهامش). وفي هذا الصدد بازم ملاحظة أن السرجية المطلقة لا ترتبط هتما بالأحكام القصائية في المسلسة ا

ومقررا بالتالى براءته منها، ومانعا من العودة لإثارتها. وبغير ذلك لا تستقيم الحجية المطلقة لأحكامها في المسائل الدستورية (()، وهو أمر لا يتحقق في حلة رقابة الامتناع التي يقتصر البحث فيها على أسانيد المخالفة الدستورية التي ساقها الطاعن في دفعه، وذلك بالمقابلة بين نصين متعارضين أحدهما نص واجب التطبيق في الدعوى والأخر نص دستورى، بحيث يتم الامتناع عن تطبيق الأول لتعارضه مع الثاني، أو تطبيق النص التشريعي إذا ثبت عدم تعارضه مع النص الدي أشار إليه الطاعن في دفعه، حتى ولو كان من ناحية أخرى يتعارض مع نصوص دستورية أخرى ().

والمجمع عليه فقها وقصاء أن مقتضى الحجية المطلقة للحكم الدمتورى، الترام جميع الأفراد والسلطات العامة والهيئات المختلفة كافة بعنطوق الحكم وأمبيايه المرتبطة به ارتباطا وثيقا، ويتبدى وجه الإلزام بالنسبة للسلطة القضائية في أنه يتعين على جميع المحاكم عدم قبول إثارة ذات النزاع المقضى فيه مرة أخرى لسابقة الفصل فيه، ومن ثم الامتناع عن تطبيق النص الذي قضت فيه المحكمة الدستورية المختصة بعدم دستوريته، وذلك في جميع القضايا المعروضة أمامها أو التي تعرض عليها في المستقبل، ويراد تطبيق هذا النص فيها، تأسيسا على زوال قوة نفاذ هذا النص وانعدام وجوده في البناء المات ني للده له (ال

(١) حكمها في ١٩٩٣/٢/١ القضية ٥٧ أسنة ٤ق دستورية.

١٩٧١ ... ص ١٩٧١ ..

الدكتور محمد فزاد عبد الباسط: المرجع السابق – ص ٧٩ وكذلك ص ٨٦١. (٣) لمل مسألة امتناع المحاكم عن تطبيق النص غير المستورى هي التي نفعت جانب من الفته إلى تصور أن "رقابة المستورية في مصر هي رقابة امتناع عن تطبيق النص غير المستوري... وإن كان الامتناع هنا يتسع بالعمومية والإطلاق وليس بالنسبية—

⁽٣) ويؤكد النقة التستوري على أن ما دام النظام المصري لرقابة المستورية قد اختار رقلة الإلغاء المركزية على دستورية التوانين، فإن هذا الخيار لا تكتمل منظومته ولا يستوفى أخراضه إلا بإطلاق الحجية لإحكام المحكمة الدستورية. الدكتور ثروت بدوي: القانون الدستورى وتطور الانظمة الدستورية في مصر —

أما بالنمية إلى المسلطة التشريعية فيان التزامها يختلف وفقاً لأحد احتماله:

الأولى: أن يترتب على يطلان القاتون أو النص التشريعى لعدم تستوريته وإزالته من البناء القاتوني للدولة حدوث فراغ تشريعي، فيتمين عليها في هذه الحالة إعادة إلا القاتون أو نص تشريعي آخر بحيث تلتزم فيه بمراعاة أسباب الحكم الصادر من المحكمة حتى لا تقع مرة أخرى في حومة أو شبهة عدم الدستورية، أو على الأقل تعديل تشريعاتها النافذة على ضوء ما قضى به الحكم الصادر بعدم الدستورية إذا كانت هناك عالقة بين نصوص هذه التشريعات، والنص التشريعي المقضى بحدم دستوريته.

والآخر: ألا يحدث أى فراغ تشريعى من جراء الحكم ببطلان التشريع لمدم دستوريته، وذلك فى حللة ما إذا أدى ذلك البطلان أو الإلفاء إلى إحياء قواعد قانونية كان قد نسخها التشريع المقضى بعدم دستوريته، أو إلى سريان مبدأ علم أو اتساع نطاق تطبيق قاعدة قانونية قائمة، بفضل الحكم بعدم دستورية نص بتشريع بعد المبدأ أو تلك القاعدة (١).

صمن حيث ترتيب آثاره المائرمة" – الدكتور مصطفى عفيفى: رقابة الدمتورية في مصد و الدول الأجنبية - 191 – ص ١٨٧٨ و الدكتور محمد حمينين عبد العال: القاتون الدستورى - 1917 – ص ١٩٥٧ و الدكتور رمزى الشاعر: النظارية العال: القاتون الدستورى - ١٩٩٢ – ص ١٩٥٧ و من ١٧٥ و در فض معظم القفه هذا الاتجاه مقررين أن من شأن تقرير عدم نستورية نص الغاء وجود هذا النص الدكتور عصام أنور سليم: مؤهر القاتون – منشأة الممارف - ١٩٠٠ و الدكتور عنها: والدكتور عمدة فؤاد عبد الهامية المحبد المعابد المحبد المعابد المعابد المعابد المعابد المحبد المعابد المحبد المعابد المعابد المعابد المعابد المحبد المعابد المعابد المعابد المحبد المعابد المعابد

 ⁽١) المكتور عصام سليم: المرجع السابق - ص ٨، وهو يرى أن مفاد ذلك أن يكون القصاء الدينوري مصدر غير تشريعي للقواعد القانونية.

وأخيراً فإنه بصدد السلطة التنفيذية، يتعين عليها الالتزام بعين الآثار سالفة الذكر، إذ تعلق الحكم الدستورى بنص لانحى صدادر عنها، وتم إعلان عدم دستوريته ومن ثم بطلانه وإلغائه، إضافة إلى التزامها الأصيل بعدم الاستمرار في تنفيذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها.

ثَانَياً: الأثر الرجعي للمكم:

يذهب الرأى الراجح في الفقه النستوري إلى أن طبيعة نظام الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، تفرض أن بكون للحكم الصادر في ظل هذا النظام أثر رجعي (كاشف) برتد إلى تاريخ العمل بالنص غير الدستوري و تطبيقه(١)، وقد استقر ت المحكمة الدستورية العابا على "أن الأصبل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وابست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديدا ولا تنشئ مر اكز 1 أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المناز عات المطروحة على القضاء، وترده إلى مفهومه الصحيح الذي بلاز مه منذ صدور م، الأمر الذي يستنبع أن بكون للحكم بعدم الدستور بة أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بياتًا لوجه الصواب في نستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقاً للاستور وفي حدوده المقررة شكلا وموضوعاً، فتتأكد للنص شرعيته الدينة رية ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضنا مع الدينتور فينسلخ عنه وصيفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره"(١)، وبذلك فإن "قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية في شأن موافقة النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكاء النستور أو مخالفتها، لما أن يكون كاشفا لصحتها منذ صدور ها، أو مقرر أبطلانها وملغياً قوة نفاذها اعتباراً من تاريخ العمل بها (١).

 ⁽١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: دراسات في القانون الدستوري – ١٩٨٧ - ص ١٤١.
 الدكتور محمد أنس جعفر: الرقابة على دستورية القوانين – ١٩٩٨ – ص ١٤١.

⁽٢) حكمها في ١٩٩٠/٥/١٩ قضية ٣٧ لسنة ١٥. دستورية.

⁽٣) حكمها في ١٩٩٣/٦/١٩ قضية ٧ لسنة ١٤ق. منازعة تتفيذ

غير أنه من المشاهد عملاً أن المشرع في عديد من الدول يتدخل عمدا في تحديد ما أذا كان للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي أم أثر مباشر لتحقيق بعد الإغراض غير القانونية أو القضائية تحت دعاوى ومزاعم مختلفة مثل تحقيق الأمن القانوني أو الاستقرار التشريعي، وذلك بالحد من الأثار القانونية المنطقية لحكم عدم الدستورية كما حدث في مصر (1).

ومن الأصول التشريعية أيضاً أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى جميع الحقوق والمراكز القانونية المكتمبة التى استقرت بحكم حاز قوة الأسر المقضى، أو بانقضاء مدة تقادمها، ما لم يكن النص المقضى بعدم دستوريته من النصوص الجزائية، إذ يكون للحكم أثر رجعى في حالة إدائة المحكوم عليه استنادا إلى هذا النص غير الدستورى، وأثر مباشر إذا كان الحكم عليه بالبراءة.

0 من عليه بعدم المستورة:

الأصل أن يتمتع القانون أو أى نص تشريعي بعد إقراره من الملطة التشريعية المختصة ثم صدوره، بقرينة قانونية لصالحه تفيد تطابقه مع قواعد وأحكام الدستور وافتراض عدم مخالفته لنصوصه، بحيث يقع على من يدعى عكس ذلك عببه إثبات المخالفة الدستورية، ولذلك فيان قرينة مستورية النصوص التشريعية هي قرينة نسبية وليست قاطعة، ومن ثم فهي قابلة لإثبات المكس في الدول التي تتبع طريق الرقابة القضائية اللاحقة على الدمتورية، مسواء كانت مركزية أو لا مركزية، ومن خلال الدعوى الأصابة أو الدفع

⁽١) وهذا ما جرى نتيجة عدم حسم المشرع منذ البداية هذه المسئلة والإستعاضة عن ذلك بصياعة غاصضة تعتشل في القول لبلته "نيرتب على الحكم بعدم يستورية نص في قبض غي قبض ألفي القول لبلته "نيرتب على الحكم بعدم يستورية من قانون أو لانحة مد جواز تطبيقه من اليوم الثالى لنشر الحكم ..." م ٤٩ من قانون المحكمة الستورية، مما أدى الذي خلاف فقيى وقضلتي حداء أسفر عن تدخل المشرع بقرار بالي المتاون المتدول دول النص بدوره إلى خلاف التصريعية وهو تعديل أدى بدوره إلى خلاف المتدول راجع في ذلك خلاف عداد أهر حول دستورية أو العرار أحكام المحكمة الاستورية الماليا قبل التعديل وبعد التعديل – وهو بحدث يتعلق في الأساس بهذا التعديل كذلك الدكتور محدد فواد عبد البلسطة المرجوع المسئول عدد التعديل – ١٩٨٨ أمروع المسئول – ٩٠ وما بعدها.

الغرعى، على خلاف تلك الدول التى تتبع طريق الرقابة المابقة على الدستورية، لأن النصوص التشريعية محل الرقابة وققاً لهذا الطريق لن يكون لها أصلاً أية قوة نفاذ، إلا بعد التحقق من اتفاقها مع قواعد الدستور القائم، فإذا صدرت بعد ذلك حازت قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على أنها منفقة مع الدستور، وبالتالى لا جدوى من محاولة المنازعة في دستوريتها لإثبات عكس تلك القرينة القلطعة.

ومقتضى قرينة الدستورية التى تتمتع بها النصوص التشريعية فى نظم الرقابة القضائية على الدستورية، إنه لا يجوز القضاء المختص أن يبطل أى من هذه النصوص إلا إذا قام الدليل القاطع لديه على مخالفتها للدستور، مما يؤدى إلى إهدار أثر قرينة الدستورية وزوالها، ولذلك يجب أن يكون ثبوت المخالفة الدستورية يقينيا قاطعا بغير أية شكوك أو تأويلات قد تلابسه، و هذا يعنى أن الشك فى أمر دستورية النصوص المطعون بعدم دستوريتها بفسر لصالح قرينة دستورية هذه النصوص، وكما قضت محكمة القضاء الإدارى فى مصر، فإنه عند الشك فى دستورية القانون فإن إعماله خير من إهماله ().

وقياسا على الطعون بمراجعة القرارات الإدارية ومن ثم طلب إلغانها لعدم مشروعيتها، وهي طعون لا تؤدى بذاتها إلى وقف سريان وتنفيذ هذه القرارات، تأسيسا على تمتعها بقرينة المشروعية، إلى أن يحكم القضاء المختص بعدم مشروعيتها وبالتالى ابطالها أو إلغاتها، فالقاعدة بصدد القوانين المطعون بعدم دستوريتها أنه لا يترتب على الطعن بعدم دستورية أى نص تشريعي وقف نفاذه أو سرياته أو تعطيل العمل بأحكامه، وإنما يظل معمولا به، قابلا للتطبيق برغم الطعن عليه، إلى أن تبطله المحكمة الدستورية المختصة إذا تنبئت مخالفته القواعد الدستورية الم.

⁽١) حكمها في ١٩٥٦/٦/٢٤ قضية ١٦٣٠ أسنة ٩ق، المجموعة السنة ١٠ ص ٣٦٦.

وقد أقرت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ حيث قضت بأن "الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، ومن ثم لا يجوز أن يكون سرياتها متراخيا، بل يكون إنفاذها – اعتباراً من تاريخ العمل بها – لازما. ولا يجوز بالتالى أن يكون مجرد الطعن عليها موققا لأحكامها، أو ماتعا من فرضها على المخلطيين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها للدستور، فإن هي انتهت إلى برامتها من العيوب الشكلية والموضوعية، كان ذلك استصحابا لأصل صحتها لتزول الشبهة التي كانت عالقة بها. ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية لا يجوز بحال وقف تنفيذها، بل يجب إعمال أثار ها كاملة دون انقطاع بوقف سرياتها، وإلا عد ذلك عدوانا على المولاية التي أثبتها الدستور السلطة التشريعية، وإسباعاً لاختصاص منتحل على المحكمة الدستور عين الولاية التي يباشرها المجلس النيابي في مجال سلطة التقدير والتقرير" (").

ولما كان قاتون تنظيم المحكمة الدمتورية العليا لم يورد أي استثناء على هذه القاعدة خلافا لقانون تنظيم جهة القضاء الإدارى في مصر – أي مجلس الدولة – الذي أجاز طلب وقف تنفيذ القرار الإدارى المطعون فيه بالإلغاء إذ توافرت حالة الاستعجال وقام الطلب على أساس من الجدية ترجح الفائه عند نظر موضوع الطعن، فمن المستقر فقها وقضاء في مصر عدم جواز طلب وقف تنفيذ القانون أو النص التشريعي المطعون بعدم الدستورية وعدم جواز الاستجابة لمثل هذا الطلب إذا تم تقديمه تمسكا بقرينة الدستورية وفقاً لما صنة بعله.

غير أن جانب من الفقه ذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع من تدخل المشرع الإقامة نظام لوقف تتفيذ النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته لحين

⁽١) حكمها في ١٩٩٤/٥/٧ قضية ٦ أسنة ١٢ ق. منازعة تتغوذ.

الفصل في الدعوى الدستورية، وذلك للحد من أحوال تطبيقه بقدر الممتطاع خلال هذه الفترة، ولا يحتج على ذلك بأن وقف التنفيذ فيه افتنات من القاضىي الدستورى على المشرع، لأن سلطة الوقف هنا — كحالها أصام القاضىي الإدارى — مشتقة من سلطة الإلفاء، وإذا كانت اللوائح لا يستحصى وقف تنفيذا أمام القاضى الإدارى، رغم تماثلها والقانون في سعة التطبيقات و عموم الأثار، فلماذا تمتنع هذه الإمكانية أصام القاضى الدستورى؟ وهل يستماغ وقف تنفيذ الملائحة لعيوب الأكثر جمامة وهي الملائحة لعيوب الأكثر جمامة وهي المنوب المشروعية العادية، ويمتنع ذلك العيوب الأكثر جمامة وهي لن كان لا يعد افتئات على المشرع، فمن باب أولى لا يعد كذلك الأقل منه درجة، بن كان لا يعد التنفيذ هنا حال تقريره لن يكون بطبيعة الحال إلا يشروط قصوى ويقاف المسريان الرجمي لأحكام عدم الدستورية، بتحجيم تطبيقات النص المطمون فيه السريان الرجمي لأحكام عدم الدستورية، بتحجيم تطبيقات النص المطمون فيه خلال فترة الإيقاف! ().

وفي تقديرنا أن هذا الفقه جدير بالاعتبار، ونرى أنه لا مانع من الأخذ به ولكن فقط في حالة إقرار المشرع لطريق الدعوى الأصلية للرقابة على استورية القوانين واللوائح، وتحديد مدة زمنية قصيرة نمبياً لرفع الدعوى في حدود ستين يوما على الاكثر، وذلك محافظة على الاستقرار في الحقوق والمعاملات من خلال تحجيم تطبيقات النص المطعون في دمتوريته خلال فترة الإيقاف أثناء نظر الدعوى الدستورية، خاصة وأنه ليس من المسانغ بحق أن يكون الأمر بالنسبة إلى اللوائح جواز وقف تنفيذها لمجرد الطعن بعدم مشروعيتها بالمطابقة إلى القوانين العادية، ثم يمتنع ذات الأمر في حالة الطعن بعدم مستوريتها، وهي قمة المخالفة لمبدأ سيادة القلون.

⁽١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق ص ١٧٠ وص ١٧١ (هامش ١).

البحث الثاني

تنظيم الرقابة على مشروعية اللوائح

حرص المشرع في فرنسا ومصر على إخضاع أعمال الإدارة للرقابة القضائية على مشروعيتها، وتنظيم هذه الرقابة على نحو يكفل رقابة فعالة وحاسمة في مواجهة الأعمال المخالفة للمشروعية.

فقد حذت مصر حذو فرنسا فى هذا الصدد، فأنشأت جهة قضائية متخصصة فى نظر المنازعات الإدارية، والتى يدخل ضمنها فحص مشروعية أعمال الإدارة، ويطلق عليها "القضاء الإدارى" وذلك إلى جوار جهة القضاء الأخرى التى تختص بنظر منازعات الأفراد.

ويترتب على ذلك أن القضاء الإدارى فى مصر وفرنسا يختص بفحص مشروعية كافة الأعمال الإدارية سواء كانت من الأعمال المادية أم الأعمال القانونية (القرارات الإدارية والمقود الإدارية) والتعويض عن الأضرار الناجمة عنها.

غير أنه يتعين ملاحظة أنه بصدد فحص مشروعية اللوائح بمطابقتها للقواعد الدستورية، وبمعنى أدق بصدد فحص دستورية اللوائح، فأن الاختصاص بذلك ينعقد في مصر للمحكمة الستورية العليا دون غيرها من المحاكم الأخرى وذلك وفقاً للستور المصرى لعام ١٩٧١ (١).

أما فحص مشروعية اللوائح بمطابقتها للقواعد التشريعية الأعلى، فإن مجلس الدولة بمحاكمه القضائية المتحددة هو وحده المختص بالفصل في المنازعات الإدارية طبقاً لنص المادة ١٧٧ من هذا الدستور والمواد ١٥ من

قاتون السلطة القضائية ٤٦ لسنة ١٩٧٢، و ١٠ من قانون تنظيم مجلس الدولـــة ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

ولما كانت الدعاوى المتعلقة باللوائح من الدعاوى التى تدخل ضمن
"المناز عات الإدارية" التى اختص بها مجلس الدولة، فإن القاعدة العامة فى
الاختصاص بفحص شرعية اللوائح أنها تدخل فى اختصاص مجلس الدولة،
ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ أن للمحاكم القضائية العادية فى أحوال معينة
أن تقوم بفحص شرعية اللوائح، وفى هذا الصدد بمكننا أن نميز بين ومبيلتين
لفحص شرعية اللوائح،

الوسيلة الأولى ـ دعوى الإلغاء:

ويختص بنظر هذه الدعوى القضاء الإدارى فقط دون المحلكم العادية وذلك طبقاً لنص المادة ١٠ من قانون تنظيم مجلس الدولة سالف الإشارة، فهي تنص في فقرتها الخامسة على "الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بالغاء القرارات الإدارية النهائية".

وتختص محكمة القضاء الإدارى وحدها بنظر الطعون المنصوص عليها في هذه الفقرة مع جواز الطعن في أحكامها أمام المحكمة الإدارية العليا، ومن ثم يمكن لأى فرد أو هيئة ذات شخصية معنوية الطعن في الملاحة التي تمص مصلحة له إذا ما شابها أى عيب من العيوب التي تلحق القرارات الإدارية.

وبالتالى فإذا لحق اللائحة عيب في الاختصاص أو في الشكل والإجراءات أو مخالفة القوانين بمعناها الواسع أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو عيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها أو عيب السبب، فإن اللائحة في هذه الحالة تكون محلا للإلغاء (1).

⁽١) لم تخضع اللوانح فى فرنسا فيما مضى لدعوى الالغاء باعتبار ها سلطة تقدير ية للإدارة على أسف نظريتى التفريض التشريعي والدعوى الموازية، ولكنها بفضل مبدأ المشروعية خضعت بعد ذلك لدعوى الإلغاء. . DOUENCE, op. cir., p. 407 – 408.

ولما كان ميعاد رفع الدعوى هو ستون يوما (شهرين في فرنسا)، فإنه يترتب على مرور هذه المدة دون أن تكون هناك إحدى حالات امتداد هذا الميعاد بوقفه أو انقطاعه، أن تتحصن اللائحة ولا تقبل الدعوى التى ترفع ضدها بالإلغاء بعد انقضاء هذا الميعاد، ويعد عدم القبول هذا من النظام العام (1).
الوسيلة الثانية ـ اللغم بعدم الشرعية:

يمكن الطعن ضد اللائحة غير الشرعية والتى تحصنت بفوات ميعاد الطعن وذلك عند صدور قرارات تنفيذية تطبيقاً لها، إذ يمكن الطعن فى هذه القرارات على أسلس عدم شرعية اللائحة التى تستند إليها، فحيننذ يتصدى القرارات على أسلس عدم شرعية اللائحة التى تستند إليها، فحيننذ يتصدى القضاء الإدارى، باعتباره مختصاً بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالقرارات التنفيذي مع بقاة الصادرة تنفيذا للائحة، لفحص شرعية هذه اللائحة باعتبارها مسالة أولية اللائحة ولكن هناك صورة أخرى للدفع بعدم الشرعية أثارت جدلاً طويلاً فى فرنسا، وذلك فى حالة إذا ما خالف أحد الأفراد لائحة يراها معيبة رغم أنها تحصنت بفوات مدة الطعن فيها بالالغاء، وقدم للمحكمة من أجل هذه المخالفة، فها يعد المورن للفرد أن يطلب من القضاء الامتناع عن تطبيقها استندا إلى كونها غير مشروعة، فهل يعد الدفع في هذه الحالة مسألة أولية يفصل فيها القاضى غير مشروعة، فهل يعد الدفع في هذه الحالة مسألة أولية يفصل فيها القاضى بنفسه (وهو فى هذه الحالة القاضى العادى) (٢) أم يعتبرها مسألة مبدئية

⁽١) مع ملاحظة أنه يمكن الطعن بالإلغاء مباشرة في لائحة تحصنت بمضى ميغاد الطعن وذلك في حالة صدور تشريع بعدل من الأساس الذي ارتكزت عليه اللائحة بحيث يصبح بقاؤها أمرا غير شرعي، فيمكن الطعن ضدها خلال ٢٠ يوما من صدور الشتريع. التشريع. الإستاذ الدكتور كامل ليلة: مرجعه السابق في الرقابة القضائية، عن ١٠٨٤م؛ الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي مرجعه الوجيز في القضاء الإداري ١٩٧٠ عن ٢٤٤ حيث أضاف لما ميق حالتي تغير الظروف المائية التي أنت إلى صدور اللائحة، حالة تغير القشاء كذلك.

C. E. 23 Nov. 1951. Maroin Rouski. S. 1954. 3. 86.
 أما إذا كانت المسئلة معروضة على قاضي إدارى فلا شك في أنه يكون مختصا بها
 كمسئلة أو لهة وليست مدينية

C.E. 4 juille, 1952, Commune de Rochereau, R.D.P. 1953, 725, note waline

Question préjudicielle ليست من اختصاصه بحيث يجب عليه أن يوقف الدعوى ويحول المسألة إلى القاضى المختص وهو القاضى الإدارى؟.

وقد استقر الأمر في فرنسا على اختصاص القضاء الجنائي بفحص شرعية كافة أنواع اللوائح التي يراد تطبيقها على الدعاوى المنظورة أمامه، أما بالنسبة للقاضى المدنى فإذا عرضت عليه مسالة مبدنية تتعلق بالدفع بعدم شرعية لائحة، فإنه يحيل طلب فحص الشرعية إلى القاضى الإدارى المختص والذي يكون في غالب الأحيان هو قاضى الإلغاء.

وليس للقاضى الإدارى الذي يقوم بفحص شرعية اللائحة فى هذه الحالة أن يبحث فيما إذا كانت إحالة الموضوع إليه قد تمت بطريقة قاتونية سليمة أم لا؟ فمثلاً إذا رفض القاضى الجنائى طلب فحص شرعية لائحة وأحاله إلى القاضى الإدارى، فليس لهذا الأخير أن يعترض على الإحالة بحجة أنها غير قاتونية لاختصاص القضاء الجنائى بفحص شرعية اللوائح بصفة عامة، ومن ثم يرفض فحص شرعيتها، إذ ليس للقاضى الإدارى أن يراقب أخطاء القضاء المعادى المدنى أو الجنائى، وعليه أن يلبى الطلب ويفحص شرعية المائحة المحالة إليه ويقرر ما يراه بشائها ويبعث برأيه إلى المحكمة التي جرت الإحالة منها ()

أما في مصر فإن مشكلة الدفع بعدم الشرعية لا وجود لها في تقدير جانب من الفقه، إذ أن القضاء الإداري المصرى، على خلاف القضاء الفرنسي، لا يعرف سوى قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، ومن ثم فإنه لا يشمل قضاء فحص الشرعية المجرد عن منازعة معروضة عليه للفصل فيها، ومعنى ذلك أن القضاء الإداري له أن يتناول اللوائح بفحص شرعيتها عندما يشار الأمر في منازعات مطر وحة أمامه بالالغاء أو التعويض، كما أن للقضاء العادي حق

⁽¹⁾ C. E. 28/4/1961, Di Nezza et Dame Estellon, L. 262.

تقدير شرعية اللوانح عندما تثار هذه المسائل خلال منازعات معروضة عليه وتدخل في اختصاصه (١).

بيد أنه إذا كان لهذا الرأى جانب من الصحة في ظل قوانين تنظيم مجلس الدولة السابقة على صدور دستور ١٩٧١، فإن الأمر لابد وأن يختلف في ظل تمتع محاكم مجلس الدولة المصرى بالولاية العامة في المناز عات الإدارية، وفقاً للمادة ١٩٧٦ من هذا الدستور حتى بعد وقف إعماله، وذلك استنادا إلى قانون تنظيم مجلس الدولة الحالى رقم ٤٧ لمنة ١٩٧٢، الذي نزل على حكم الدستور وأقر لمجلس الدولة الولاية العامة في المناز عات الإدارية في المادة العاشرة منه.

ففى تقدير نا أن مقتضى تمتع محاكم القضاء الإدارى بالولاية العامة فى المناز عات الإدارية، أن يكون لهذه المحاكم دون غير ها سلطة الفصل فى المناز عات الإدارية، ما لم يوجد نص خاص بخلاف ذلك، استثناء من هذه الولاية العامة. وعليه فإنه إذا طرحت دعوى أمام جهة القضاء العادى، وكان الفصل فى هذه الدعوى يستلزم أولا البت فى مسألة تدخل بطبيعتها فى طائفة المناز عات الإدارية، فإنه يتعين على القاضى – ما لم يكن هناك نص خاص يقضى باختصاصه بالفصل فى هذه المسألة أن يوقف نظر الدعوى لإحالة هذه المسألة للقضاء الإدارى ليفصل فيها بوصفها من المسائل المبدئية?".

يؤيد ذلك أن المادة 10 من قانون السلطة القضائية الحالى رقم 11 لسنة 19۷۲، والذى تخضع له المحاكم العادية، تنص صراحة على أنه "فيما عدا المناز عات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة، تختص المحاكم (العادية) بالفصل فى كافة المناز عات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص". كما أن المادة 11 من ذات القانون تنص صراحة على أنه إذا دفعت قضية مرفوعة أمام

⁽١) الأستاذ الدكتور كامل أيلة: القضاء الإداري سالف الذكر ص ٨٤٥.

⁽٢) راجع في تفاصيل هذا الرأي مؤلفنا: المنازعات الإدارية - ١٩٨٤ - - ص ٢٠١٢٠.

المحكمة (العادية) بدفع يثير نزاعا تختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى، وجب على المحكمة إذا رأت ضرورة الفصل في الدفع قبل الحكم في موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصم الموجه إليه الدفع ميعادا يستصدر فيه حكما نهائياً من الجهة المختصة، فإن لم تر لزوما لذلك أغفلت الدفع وحكمت في موضوع الدعوى.

وإذا قصر الخصم في استصدار حكم نهاني في الدفع في المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل في الدعوى بدالتها".

والمادة ١٧ من نفس القانون وهي ثالث المواد التي تحدد ولاية المحاكم العادية تقضى بأن للمحاكم ".... دون أن تؤول الأمر الإداري أو توقف تتفيذه أن تفصل في المثار عات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة ...".

و هكذا يستفاد من النصوص المتقدمة بوضوح بالغ فى تقديرنا، عدم المختصاص المحاكم العادية بالفصل فى المناز عات الإدارية (م 10)، ولو تمثلت المنازعة فى صورة دفع (م 17)، حيث يعتبر هذا الدفع من المسائل المبدنية ما دام يدخل فى اختصاص جهة قضاء أخرى، وحتى إذا ثارت منازعة مننية أو تجارية بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة، فليس للمحاكم العادية أن تؤول الأمر الإدارى (م 17) وهو ما يعنى عدم اختصاص هذه المحاكم بتقمير القرارات الإدارية.

وعليه فإن الدفع أمام القضاء العادى بعدم مشروعية لانحة إدارية يعد من الدفوع المبدئية التى لا يختص بها قاضى الدعوى باعتباره قاضى الدفع أيضا، وإنما يلزم إحالتها إلى القاضى المختص للفصل فيها وهو فى هذه الحالة القضاء الإدارى، وهو وضع يماثل تماما الدفع بعدم دستورية اللائحة، حيث لا يجوز لغير القضاء الدستورى، أى المحكمة الدستورية العليا، الفصل فيه بوصفة من المسائل المبدئية (١).

⁽١) راجع في ذلك الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد: الدستور المصرى ورقابة دستورية القوانين ــ ١٩٨٥ ــ ص ، ٤٩ وما يعدها

خاتسمة

إذا كان مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، هو الأساس الأول في التمييز بين الدولة القانونية وغير ها من الدول الاستبدادية أو البوليسية، فإن هذا المبدأ لا معنى ولا مضمون حقيقي له ما لم يؤد إلى تقرير تدرج القواعد القانونية، حتى نكفل فعلا وقولاً سيادة القانون على الأفراد والملطات العامة في أن واحد.

ولذلك فإنه أصبح من المسلمات أن تدرج القواعد القانونية هو أهم مقتضيات وأول متطلبات الأخذ بمبدأ المشروعية في الدول القانونية، وذلك إزاء تعدد المصادر الرسمية للقانون في هذه الدول، مما يحتم ترتيب القواعد القانونية فيها، بحيث تتدرج القوة الإلزامية لهذه القواعد في مراتب متعددة، تتحدد وفقاً لطبيعة القواعد القانونية ومصدرها، تأسيساً على المعيار الشكلي السائد في هذا الشأن.

وتدرج القواعد القانونية بختلف عن تدرج الأعمال القانونية الذى يشمل إلى جانب قواعد القانون العامة المجردة، الأعمال القانونية الأخرى مثل العقود والمعاهدات وأحكام القضاء والقرارات الإدارية الفردية ('). كما أنه بختلف كذلك

⁽¹⁾ وننوه في هذا الصدد إلى ماسبق لنا الإشارة إليه من عدم الاعتداد بما يسمى بالإعلانات الدستورية باعتبار ها من الاعسال القلونية، إذ تغيير عندنا من الأعسال الملدية غير المستورية باعتبار ها من الاعسال القلونية، إذ تغيير عندنا من الأعسال الملدية غير المرحة على الجميع من سلطات وأقد إده هذه الإعلانات يتغلب على القبون ويفرض منطقه على الجميع من سلطات وأقد إده ومن هذا نجد أنه بعناسبة قيام الثورة المصرية في ١٩٧/١٠ ، ٢ وبعد التهائها في دون إسقاطه أو إلغائه أو إستبداله، بموجب إعلان دستوري صادر عن المجلس الأعلى القوات المسلحة الذي خوله الرئيس السابق مهمة البدارة شنون الهلاد بالمخالفة الصريحة والجسيمة لدستور 1٩٧١ الذي كان ساريا ونافذا في ١٩٧/١٠ ، ومع أنه في والمبارا ، ٢ تم إجراء استنقاء شعبي على تعديل هذا الدستور ووافق عليه غالبته الناخيين من الشعب، مما مقتصاه بالضروروة استدعاء دستور ١٩٧١ الإعمال من جديد، محدلا بما وافقت عليه الإرادة الشعبية في هذا الاستقناء، إلا أن الملطة القائدة

عن تدرج التشريعات (أو النصوص) الذى يقتصر على القواعد القانونية المشرعة "المكتوبة" دون غيرها من القواعد القانونية الأخرى غير المقننة.

والواقع أن تدرج التشريعات لا يثير كثيراً من المشاكل، حيث لا خلاف في احتلال القواعد الدستورية القمة في هذا التدرج، ومن بعدها تأتى القواعد التشريعية، وأخيرا القواعد اللانحية ما لم تكن قد صدرت وفقاً لنظرية الضرورة، إذ يكون للانحة في هذه الحالة الأخيرة قوة القاتون.

وعلى النقيض من ذلك فإن تحديد المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية غير المقننة أو غير المشرعة، هو أمر يحتدم فيه الخلاف والجدل فقها وقضاءً.

فبالنسبة للعرف، فهو تعبير عن إرادة أفراد الشعب أو السلطات العامة، ومن هنا يثور التساؤل عن مدى شرعية هذا العرف وخاصة إذا كان معدلاً لقواعد تشريعية منصوص عليهاً في القوانين.

وقد انتهينا إلى أن العرف المفسر إنما يلحق بالنص محل التفسير ويحوز بالتالى مرتبته الإنرامية، كما أن العرف المكمل للنقص فى التشريع هو من القواعد القانونية الملزمة، وهو فى واقع الأمر لا يثير مشكلة بشأن تحديد مرتبته الإنزامية بالنظر إلى ما يعلوه من قواعد قانونية أخرى، إذ أنه يفترض فى هذه الحالة أنه لا توجد قواعد تشريعية فى ذات موضوعه، ومن ثم فإن تحديد مرتبته الإنزامية بأنها مرتبة القانون أو أقل من ذلك، أن يترتب عليها أية مشاكل عملية حيث تنعدم احتمالات التعارض ببنه وبين النصوص التشريعية

⁼ في نلك الوقت (المجلس الأعلى للقوات المسلحة) وفضت التسليم بذلك، وقامت المسلحة بدلك، وقامت المسلحة بالمداور وتطبيق ما يسمى بالإعلان الدستورى في ٢٠١١/٣/٣ والذي ظل ساريا بعد تعديله أكثر من مرة حتى اليوم والحى أن يتم وضع الدستور الجديد المزمع استقناء الشعب عليه للحصول على موافقت، ومن ثم نفاذه وسرياته بدلا من هذا الإعلان. وقد أدى هذا الواقع الي إعمال القضاء وخاصة المحكمة الدستورية العليا لأحكام نلك الإعلان باعتباره قيدا على السلطات العامة في الدولة درءا لواقع الفراغ الدستوري

وعلى المكس فإن العرف المعدل النصوص التشريعية، هو في الرأى الراجح لدينا أمر غير مشروع، إذ لا يجوز للأفراد أو للملطات العامة مخالفة هذه النصوص بحجة تكوين قواعد عرفية جديدة وإلا أدى ذلك إلى انهيار مبدأ المشروعية تماما وعدم الالتزام بسيادة القانون، ومن هنا حددنا مرتبة العرف بأنه أقل مرتبة من النصوص المكتوبة، أى أنه يلى القواعد اللانحية، وذلك حتى نضمن عدم الاعتراف بصورة "العرف المعدل".

أما بالنسبة للمبادئ العامة للقانون، فإن تحديد مرتبتها الإلزامية هو الأمر الذى ما زال الخلاف بشأته محتدما فقها وقضاة، والواقع أن تطبيق المبادئ العامة للقانون كقواعد قانونية مازمة لا يثور إلا في حالتين: الأولى هي حالة عدم وجود نص تشريعي، وفي هذه الحالة فين تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة بقوة القانون أو في مرتبة أعلى أو أدنى منه، لن تثير عملاً أية مشكلة بالنظر لفياب النص التشريعي الذي تتحدد بالنسبة له القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون، حيث يكون العبدا ألعام في مثل هذه الأحوال هو مصدر الحالة القانون، القانوب، التطبيق.

والحالة الأخرى هي حالة وجود تعارض بين نص تشريعي وأحد المبادئ العامة للقاتون، وهنا يازم إزالة هذا التعارض بتحديد أيهما أعلى مرتبة من حيث القوة الإلزامية.

وقد انتهينا في هذا البحث إلى ضرورة الاعتراف للمبادئ العامة للقانون بمرتبة الزامية تعلو القوانين، وفي هذا الصدد فإننا لا نرى مبررا لاعتناق غالبية الفقه المصرى للرأى الغالب فقها في فرنسا، بتحديد القوة الإزامية للمبادئ العامة للقانون بقوة القانون فحسب، بحيث يمكن للمشرع أن يخالف بنصوصه التشريعية هذه المبادئ.

فالذي يبدو لنا أن هذا الاتجاه السائد في فرنسا مبعث أن القضاء الفرنسي يرفض الاعتراف بحقه في الرقابة على دستورية القوانين، ومن ثم غانه إذا أقر المبادئ العامة بقوة الدستور فلن يفيده ذلك في شي إذ لن يستطيع فرض احترامها على المشرع كما هو الحال بالنسبة الدستور، فهو قاضىي مشروعية فقط وليس قضاء سستوريا، ولكنه حرصا على مقتضيات مبدأ المشروعية، وحماية الحقوق والحريات العامة، ولمواجهة احتمالات عسف السلطة الإدارية على الأخص، فإنه يعترف المبادئ العامة بقوة القانون لضمان عدم مخالفة الإدارة لها وذلك بإخضاع أعمالها لرقابته الفعالة ومطابقتها لهذه المبادئ علاوة على القوانين والتشريعات.

أما بالنسبة للقانون فإن القضاء الفرنسي يجتهد دائماً عند وقوع التعارض بينه وبين المبادئ العامة في إزالة هذا التعارض بشقى طرق التقسير المعروفة بما لا يؤدى إلى إهدار المبادئ العامة، بل وتغليبها على النصوص التشريعية إذا لم يكن هناك مفر من ذلك، على نحو ما أشرنا.

ولذلك فإننا نرى أنه إذ يختلف النظام القانونى في مصر عن مثيله الفرنسي، وحيث يوجد لدينا قضاء دستورى يتولى الرقابة على دستورية القوانين واللوانح، فإنه يلزم الاعتراف بحقيقة أن المبادئ العامة للقانون هي أعلى مرتبة من حيث القوة الإلزامية من القواعد التشريعية وبالتالى من القواعد اللاخية، وذلك في تدرج القواعد القانونية.

ولعل أهم باعث لدينا، والدافع الأول الذى يدعونا إلى التمسك والتأكيد على تمتع المبلدئ العامة للقانون، بمرتبة إلزامية أعلى من القانون، هو أننا نرى أن هذه المبلدئ تضم بالنسبة لمصر مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء.

فلا ريب في أن تنخل المشرع النستورى في مصر بتقرير أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي "المصدر الرئيسي للتشريع" كان له أثره البالغ في تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون.

فقد استقرت الجهات القضائية المختلفة في مصر، أى القضاء العادى والقضاء الإداري والقضاء النستوري، على أن من شأن هذا النص التزام السلطة التشريعية ... مستقبلا على الأقل .. بمبادئ الشريعة الإسلامية، بحيث لا يجوز للمشرع إقرار أية نصوص تشريعية من شأنها مخالفة هذه المبادئ، وهو ما يعنى أن لهذه المبادئ قوة إلزامية تعلو قوة القواعد التشريعية وما يليها من قواعد قانونية أخرى.

ولذلك فإن الاعتراف بأن للمبادئ العامة للقانون، بما تضمه من مبادئ الشريعة الإسلامية، مرتبة الزامية تعلو القوانين هو أمر حتمى يتفق مع إرادة المشرع الدمتورى في مصر، ومع التفسير الصحيح لنص المادة الثانية من المستور حاليا، والذي يعنى أن مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها القطعية قد غنت من المصادر الرسمية للقانون، وهو ما لا يتأتى إلا باعتبارها من المبادئ العامة للقانون في مصر.

وعلى الرغم من نبل الأراء الفقهية التي ترى أن مبادئ الشريعة الإسلامية الغزاء "تقيد حتى المشرع الدستورى، وأنها تقيد الشعب و هو يزاول السلطة التأسيسية الأصلية، وفي ظل هذا الوضع وحده يوجد ما هو أعلى قدرا من الدستور: مبادئ الشريعة الإسلامية ..." ("). فإتنا نرى أنه من الصعب أن يرد على السلطة التأسيسية في أى دولة قيود تحد من رغبتها في تحديد الأسس والمقومات الفكرية والعقائدية التي يقوم عليها المجتمع.

صحيح أنه عملاً في الدول الإسلامية، حيث الأكثرية السلعة من سكانها يدينون بالإسلام، يكون من غير المتصور أن يرد بدستور مثل هذه الدولة أحكاما تخالف النصوص القطعية في القر أن والسنة الصحيحة، إلا أنه من الناحية النظرية البحتة، قد يحدث تطور في تكوين السلطة التأسيمية لهذه الدولة الإسلامية، فيعتنر في مثل هذه الحالة التأكيد على على علو مبادئ الشريعة الإسلامية لصنور تلك الدولة.

⁽¹⁾ الأستاذ الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي: الدستور المصرى سالف الإشبارة ... ص ١٢٠.

ومن هذا اتجهنا إلى اعتبار أن المبادئ العامة للقانون، بما تضمه من مبادئ الشريعة الإسلامية، لا تصل قوتها الإلزامية إلى مرتبة الدستور، وإنما هي تتوسط المكانىة بين القانون والدستور. يؤيد ذلك أنه حتى في الدولة الإسلامية فإن المديادة في هذه الدولة هي للشعب "والشعب وحده، فهو الذي يملك السلطة العليا التي لا تفوقها ولا تعادلها قوة أخرى داخل الدولة، وهو ودده الذي يملك الملطة التأسيسية الأصلية، سلطة وضع الدستور، وهو الذي يملك أن يراقب الحكام في السلطات الثلاث: التنفيذية والتشريعية والقضائية" (١٠)

و عليه فقد انتهينا في بحثنا هذا إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية وإن كانت في الأصل من المصادر الموضوعية للتشريع، إلا أنها غدت – وعلى الأخص اعتباراً من تاريخ التعديل الدستورى للمادة الثانية من دستور ١٩٧١ - من المصادر الرسمية للقانون بوصفها من المبادئ العامة للقانون، التي تحتل مرتبة الزامية تلى الدستور وتمبق القواعد التشريعية، مما يعنى التزام كافة السلطات العامة المنشأة في الدولة بأحكامها، مع الإقرار بحق السلطة التأسيسية في تقرير مدى الأخذ بهذه المبادئ والالتزام بأحكامها.

وقد حرصنا فى هذا البحث على البضاح أن المقصود بالشريعة الإسلامية المازمة للسلطات العاصة، إنما تتمثل فى الرأى الراجح لدينا فى الأحكام والمبادئ القطعية الواردة فى القرآن والمنة دون غيرها مما يعتبره الفقه من مصادر للشريعة الإسلامية مثل الإجماع والقيام، والتى لا نراها سوى مصادر للتشريع فى الدولة الإسلامية، أو هى كما يراها البعض من مصادر الفقه الإسلامي وليست من مصادر الشريعة الإسلامية ذاتها.

ولعل في تمسكنا بهذا الرأى ما يؤكد أن الشريعة الإسلامية الغراء صالحة لكل الناس في كل زمان ومكان، لسبب وحيد أساسي وهو أنها من لدن

⁽١) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد: النظرية العامة للدولة - الطبعة الأولى ١٩٨٥ - ص ١٩٨٠ -

رب العالمين، وذلك على خلاف الأحكام والمبادئ المستقاة من غير الكتاب والسنة، والتي تمثل اجتهاد أهل الاجتهاد في العصور السالفة، والتي هي في النهاية عمل بشرى يقبل الصواب والخطأ.

كما حرصنا فى هذا البحث على تحديد أهم النتائج المترتبة على تدرج القواعد القاتونية، والتى تتمثل فى بطلان كل قاعدة قانونية تخالف ما يطوها من قواعد قانونية أخرى فى هذا التدرج، وهو ما يعنى بطلان القواعد التشريعية المخالفة للمبادئ العامة للقانون أو للدمتور، وبطلان القواعد اللانحية المخالفة للقواعد التشريعية أو للمبادئ العامة للقانون أو للدمتور.

ولا شك فى أن الضمانة الرئيسية التى تكفل تحقيق هذه النتائج إنما تتمثل فى تنظيم رقابة فعالة على دستورية القوانين ومشروعية اللوائح وهو الأمر الذى يكفل كل ما انتهينا إليه فى دراستنا لهذا الموضوع.

وفى النهاية، فإننى إذا أنهى هذا البحث على ما انتهى إليه فابنى أسأل الله سبحانه وتعالى أن يتقبل منى هذا العمل بحمن الجزاء، فليس علينا سوى بذل غاية الجهد، دون انتظار لنتائج معينة، ومن ثم فإننى اختتم هذا البحث بقوله تعالى "وما توفيقى إلا بالله. وعليه توكلت وإليه أنيب". صدق الله العظيم.

محتويات الكتاب

السقحة	الموشوع
٥	2.12
17	الْبِعَثُ التَّمهِيدَى: مصادر القاعدة القائونية ومدلول تندرجها
18	اوا: مصادر القاعدة القانونية
11	القانونية معلول تدرج القواعد القانونية
٧.	القانع عضمون تدرج القواعد القانونية وأسسه
**	الياب الأول تعديد الرتبة الإلزامية للقراعد القانونية
۳1	الفُصل الأول: المُرتبة الإلزامية للقواعد القانونية المُقننة
71	المبعث الأول: القواعد الدستورية
**	النطف الأول: مقدمات الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق
44	المطلب الثاني: دور الدستور باعتباره أسمى القواعد القانونية
££	المبعث الثاني: القواعد التشريعية
۰۷	ِ الْبِحِثُ اِلثَّالِثُ: الْقَ وَاعِدُ الْلاَنْحِيةُ
٨٥	الطلب الأول: المرتبة الإلزامية للوائح في الطروف العادية
٧.	المطلب الثَّاني: المرتبة الإلزامية للوائح في الطَّروف الاستثنائية
17	الفُصلِ الثَّانَى: الْرَتْبَةَ الْإِلْزَامِيةَ لِلقُوامِدِ القَانُونِيَّةَ مْعِ الْقَنْنَةَ
11	البحث الأولى: المبادئ العامة للقانون
1+1	المطلب الأول: أساس المبادئ العامة للقانون
1 + 6	الطلب الثاني: دور القضاء في تحديد المبادئ العامة للقانون
1 - 5	الملك الثَّالِث: القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون
111	المبعث الثاني: القواعد العرفية
176	المطلب الأول: أساس القوة الإلزامية للقواعد العرفية

الصفحة	الموضوع
144	المطلب الثَّافي: المربَّبة الإلزامية للقواعد العرفية
	الباب الثاني
180	مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها
	في تنرج القواعد القانونية
170	
175	لقصل الأول: مداول اصطلاح الشريعة الإسلامية وخصائمتها
16.	المبعث الأول: التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي
177	المبحث الثانى: خصائص الشريعة الإسلامية
141	لفسل الثَّاني: مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر مادى للتشريع
185	المبعث الأول: دور سبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع
117	المبحث الثاني: دور مقاصد الشريعة الإسلامية في التشريع
* • 1	لفَصلُ الثَّالِثُ: أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون
7.7	البحث الأول: الترام الملطات العامة بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية
*14	م المنطقة الماني: الالتزام بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية
	الياب الثالث
117	· · تنافع تدرج القواعد القانونية
	وضمانات تعقيقها

***	لفصل الأول: نتائج تدرج القواعد القانونية
***	المبعث الأولى: عدم دستورية القوانين المخالفة للدستور
***	عد مثلا الأحدال الأحدال المثرية

السقعة	الموشوع
404	الفَّمَلُ الثَّاثَى: شَمَانَاتَ تَحَقِيقَ النَّنَائِجَ الْأَرْتَبَةَ عَلَى تَكْرِجَ القَوَاعِدُ القَانُونِيَةَ
307	البحث الأولى: تنظيم الرقابة على الدستورية
400	المطلب الأول: الرقابة السياسية على الدستورية
***	الثطلب الثَّافي: الرقابة القضائية على الدستورية
116	المبعث الثاني: تنظيم الرقابة على مشروعية اللوائح
**1	
7.5	المتريات

Y-17/77009	رقم الإيداع			
I.S.B.N	الترقيم النولى			
978-977-6410-56-5				

۱۹۸۱ شارع سرتیر - الأزاریطنا الإسکندریدت : ۱۹۸۹ ۱۹۸۱ E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com www.darggalex.com info@darggalex.com



Bibliothera Mexandrina

دار الجامعة الجديدة در الجاديدة موتير - الازاريطة - الاسكندرية تنيفون، ١٩٨٩ - المائلة على ١٩٨٩ - المناكسة ١٩٨٩ - المناكسة ١٩٨٩ - المناكسة ١٩٨٩ - المناكسة Email.darelgamaaelgadida@hotmail.com www.darggalex.com info@darggalex.com